

REBECA FERNANDES DIAS

VIDA E DIREITO

PODER, SUBJETIVIDADE NO CONTEXTO BIOPOLÍTICO

**Dissertação apresentada como requisito parcial
obtenção do grau de Mestre em Direito, ao
Programa de Pós-Graduação em Direito, área
de concentração em Direito das Relações
Sociais da Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

CURITIBA

2007

TERMO DE APROVAÇÃO

REBECA FERNANDES DIAS

VIDA E DIREITO

PODER, SUBJETIVIDADE NO CONTEXTO BIOPOLÍTICO

Dissertação aprovada como requisito parcial obtenção do grau de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Márcio Alves da Fonseca
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2007

AGRADECIMENTOS

Aos meus familiares e amigos pelo apoio.

Aos meus grandes professores e mestres por quem tenho imensa admiração e que tiveram intensa participação na minha formação acadêmica:

Abili Lázaro Castro de Lima, Katya Kozicki, André Macedo Duarte;

Em especial, José Antônio Peres Gediél, que confia e estimula o potencial de todos à sua volta e acredita que o conhecimento se constrói pela troca e que justamente dividindo-o, ele se multiplica;

Professor Celso Luiz Ludwig, que me fez entender e gostar ainda mais de filosofia, com sua invejável capacidade didática de transformar o complexo em simples;

Principalmente, ao Professor Ricardo Marcelo Fonseca, que não apenas orientou este trabalho, mas foi o grande responsável e guia durante toda a minha trajetória acadêmica; quem plantou em mim as sementes da paixão pela pesquisa e da inquietude pela mudança. Professor por quem tenho uma grande admiração e gratidão profunda por todo estímulo, atenção, dedicação, paciência, orientação, confiança e principalmente por tudo que com ele aprendi e aprendo e pelas oportunidades que sempre me oferece para continuar aprendendo.

CANÇÃO DA VIDA

*A vida é louca
a vida é uma sarabanda
é um corrupio
A vida múltipla dá-se as mãos como um bando
de raparigas em flor
e está cantando
em torno a ti:
Como eu sou bela
amor!
Entra em mim, como em uma tela de Renoir
enquanto é primavera,
enquanto o mundo
não poluir
o azul do ar!
Não vás ficar
não vás ficar
aí...
como um salso chorando
na beira do rio...
(Como a vida é bela! Como a vida é louca)*

(Mario Quintana)

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1

PARTE I - CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO MODERNO E A EMERGÊNCIA DO SUJEITO

CAPÍTULO 1 - IDADE MÉDIA: CONTRASTE E EMBRIÃO DA MODERNIDADE	13
1.1 O DIREITO COMO FATO E O DIREITO COMUM DOUTRINAL E CIENTÍFICO	15
1.2 O HOMEM NA REALIDADE MEDIEVAL	25
1.3 A VIDA E A MORTE NA IDADE MÉDIA	35
CAPÍTULO 2 - EMERGÊNCIA DO SUJEITO DE DIREITO E O PROCESSO DE ABSTRAÇÃO	43
2.1 RENASCIMENTO: A LAICIZAÇÃO DO DIREITO, HUMANISMO E HUGO CRÓCIO	43
2.2 RENÉ DESCARTES: A SUBJETIVIDADE E A CIÊNCIA MODERNAS ADQUIREM SEUS CONTORNOS	53
2.3 TEORIAS CONTRATUALISTAS: DO ESTADO DE NATUREZA AO ESTADO CIVIL	63
2.4 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM PELO ESTADO: A CONSOLIDAÇÃO DA SUBJETIVIDADE COMO CIDADANIA.....	75
2.5 IMMANUEL KANT: A SUBJETIVIDADE FORMAL E A AFIRMAÇÃO DO SUJEITO AUTÔNOMO	81
2.6 HISTORICISMO E SUAS CONTRADIÇÕES.....	97
2.7 CODIFICAÇÃO E POSITIVISMO LEGALISTA	108

PARTE II - RUPTURA COM O PENSAMENTO MODERNO: PODER VIDA E SUBJETIVIDADE A PARTIR DE UMA ANÁLISE BIOPOLÍTICA

CAPÍTULO 1 - A VIDA TOMADA PELO PODER: BIOPODER E PROCESSOS DE FORMAÇÃO DO (AS)SUJEIT(AD)O EM MICHEL FOUCAULT	117
--	------------

1.1	REPENSAR A MODERNIDADE A PARTIR DE MICHEL FOUCAULT	117
1.2	NASCE A VIDA, NASCE O HOMEM	119
1.3	AS RELAÇÕES DE PODER E A CONSTITUIÇÃO DE SUBJETIVIDADES.....	123
	CAPÍTULO 2 - BIOPOLÍTICA: AMPLITUDE DE UM CONCEITO	158
2.1	GIORGIO AGAMBEN: PODER SOBERANO E VIDA NUA	158
2.2	BIOPOLÍTICA COMO RESISTÊNCIA: A POTÊNCIA DA VIDA CONTRA O PODER SOBRE A VIDA	175
 PARTE III - BIOTECNOLOGIA E BIOPOLÍTICA: O ESTRANHAMENTO DA VIDA E DO HOMEM COM O DIREITO NA ERA PÓS-HUMANA		
	CAPÍTULO 1 - A DIGITALIZAÇÃO, OBJETIVAÇÃO E MERCANTILIZAÇÃO DO HOMEM E DA VIDA	187
1.1	DO HOMEM MÁQUINA AO HOMEM INFORMAÇÃO	187
1.2	A VIDA COMO MERCADORIA E A NEBULOSIDADE DO BINÁRIO MODERNO SUJEITO/OBJETO	200
	CAPÍTULO 2 - O CONTROLE DA VIDA: DO NASCER AO MORRER	216
2.1	REPRODUÇÃO ASSISTIDA: O PERIGO DA SELEÇÃO ARTIFICIAL E DA MERCANTILIZAÇÃO DO HUMANO.....	216
2.2	CONCEPÇÕES DE EMBRIÃO HUMANO E A INSUFICIÊNCIA DA MOLDURA TRADICIONAL	229
2.3	EUTANÁSIA E DIREITO (SUBJETIVO) DE MORRER.....	236
2.4	AS CATEGORIAS NO DIREITO: SEGURANÇA E INSUFICIÊNCIA.....	247
	CONCLUSÃO.....	262
	REFERÊNCIAS	277
	DOCUMENTOS CONSULTADOS	283

RESUMO

A presente dissertação pretende trabalhar a relação entre direito, vida, subjetividade e poder, relação esta que apresenta uma profunda complexidade, flagrada em especial pelas novidades trazidas pela realidade biotecnológica e tecnocientífica. Parte-se da idéia central de que o direito moderno, ao longo de sua construção histórica, estranhou-se com a vida em seu sentido concreto e imanente, tendo em vista o processo de abstração que faz parte da gênese da elaboração de suas categorias. Por essa razão, optou-se por demonstrar, de uma perspectiva histórica, como se deu esse processo de abstração, desde a Idade Média e ao longo da modernidade. Tendo em vista este afastamento entre o direito, o homem e a vida concretos, procurou-se investigar, com base em uma análise crítica da modernidade, tendo como marcos teóricos Michel Foucault e Giorgio Agamben, o que então tomou conta do sujeito concreto, de sua vida e seu corpo. Segundo Foucault, que evita uma linha de análise estritamente vinculada ao poder soberano, outra forma de poder na sociedade moderna passa a importar e a captar aquilo que escapa ao direito moderno ligado à lógica metafísica e abstrata: o biopoder. Por fim, uma vez constatado o estranhamento entre vida e direito, e como este estranhamento dialoga com a lógica biopolítica que apreende a vida como objeto de poder, parte-se para a análise da realidade biotecnológica e tecnocientífica e algumas das situações por elas trazidas que demonstram a insuficiência das categorias abstratas do direito moderno para responder às novas demandas ligadas ao homem e sua vida. A pesquisa buscou uma análise crítica do direito do qual se dispõe, apontando suas insuficiências e incompatibilidades em relação à vida, tentando compreendê-las de uma perspectiva histórica e de uma linha que perquire as contradições do discurso moderno para além de seus pilares, apontando, ainda, a necessidade de afirmar-se um novo direito, mais humano, não no sentido metafísico e transcendental do humanismo moderno, mas em um sentido mais concreto e imanente, ligado não apenas a uma razão abstrata e subjetiva, mas também à vida em todas as suas potências e possibilidades.

ABSTRACT

The present paper works the connection between law, life, subjectivity and power, which is highly complex and specially noticed within the news brought by the *bio technologic* and *technical – scientific* realities. The fundamental idea is that the modern law, along its historical development has opposed itself from life on its concrete and intrinsic sense, sighting the abstraction process that is part of its genesis of categories elaboration. Therefore, we here demonstrate, from a historical perspective, how the abstraction process has taken place since medieval times and throughout modern age. Having in sight the opposition between concrete ideas of men, law and life it has been investigated, from a critical analysis of modernity, having as theoretical mark Michel Foucault and Giorgio Agamben, what has taken over the concrete subject, its life and its body. According to Foucault, who avoids an analysis strictly bonded to the absolute power, a different shape of power in the modern society becomes important and captures what escapes from the modern law, connected to the abstract and metaphysic logic: *bio power*. At last, once evident the opposition between life and law and how such opposition dialogs with the *bio politics*, which understands life as an object of power, the research moves on to the analysis of the *bio technologic and technical scientific* reality and some of its consequences. Such analysis demonstrates the insufficiency of the modern law abstract categories to respond to the new demands related to men and life. The research has critically analyzed law, pointing its insufficiencies and incompatibilities regarding life, aiming to understand them from a historical perspective and a research line, which minutely investigates the modern discourse contradictions beyond its columns. Such analysis points the necessity of a new law, more human, not in the metaphysical, transcendental sense of modern humanism but in a concrete and intrinsic sense, connected not only to an abstract, subjective reason but also to life in all its possibilities and power.

INTRODUÇÃO

Okwe e Senay são dois imigrantes que vivem em Londres ilegalmente. Ele, um nigeriano médico, que, além de ilegal, guarda um passado misterioso; ela uma turca, muçulmana, que busca romper com o modo de vida de sua mãe e sonha com a liberdade americana em Nova York. Okwe leva uma vida de tripla jornada; trabalha dia e noite dirigindo um táxi pela cidade de Londres e durante a madrugada é recepcionista num Hotel, onde também trabalha Senay, como arrumadeira. Ambos dividem um apartamento, onde Senay empresta o sofá para Okwe de forma clandestina, uma vez que sua situação no país não permite que receba inquilinos e que trabalhe. Em uma madrugada que parecia de rotina, Okwe é avisado para verificar o quarto. Ao subir ele descobre, entupindo o vaso sanitário, algo muito mais sujo que excreções humanas: trata-se de um coração humano que denunciava o que naquele hotel acontecia para além da hospedagem de turistas – o tráfico de órgãos realizado por Juan, gerente do hotel, que por dez mil dólares vendia os rins de imigrantes ilegais que os trocavam por um passaporte ilegal.

Todos os personagens neste filme, "Coisas belas e sujas" (2002), são imigrantes, inclusive Juan, espanhol, e o turco dono de uma lavanderia, onde Senay vai trabalhar depois que a Polícia de Imigração descobre seu emprego ilegal no hotel e está à sua procura. Estes, todavia, retratam os imigrantes legais que exploram a força de trabalho dos ilegais, pessoas que fazem de tudo para serem invisíveis aos olhos do Estado, já que a sua permanência depende exatamente do fato de serem "ninguém". Curioso notar que os personagens do filme acumulam entre si as características que constituem o Outro do famoso discurso moderno eurocêntrico: o negro, a muçulmana.

Esses seres "invisíveis", homens que partem de suas comunidades, de seus Estados por questões culturais, políticas ou, na maioria das vezes, por questão de sobrevivência, assumem uma vida em que nada mais existe a não ser a própria sobrevivência. O próprio personagem Okwe assim afirma, quando Senay, perguntando de sua esposa, questiona: "Você a ama?". A resposta de Okwe vem concluir a imagem

que já falava por si, do coração humano entupindo a privada: "Para nós há apenas a sobrevivência". Trata-se do retrato feito pelo filme de uma sociedade em que os elementos mais humanos, como os sentimentos, tornam-se descartáveis.

Atravessar a fronteira de um território para buscar uma alternativa de vida – um "turismo de vida", no qual estes imigrantes, homens nus, despídos da couraça da cidadania, avulsos, por abdicarem do pertencimento às suas comunidades e por serem negados em outras, arriscam suas vidas, trocando um pedaço de seu corpo por um documento que os permite permanecer e serem aceitos por uma nova comunidade política, onde julgam, ironicamente, existirem melhores condições de vida. Sacrifica-se o corpo, o corpo orgânico, biológico, para integrar-se a um novo corpo, um corpo abstrato, o corpo político, o qual não é composto por homens apenas como *homo sapiens*, seres da espécie humana, mas sim, também e principalmente, como *homo legalis*, ou seja, como sujeito de direitos, como cidadãos.

Em uma realidade, como a ocidental capitalista, fundada nas relações comerciais, o corpo tornou-se mercadoria de troca para assegurar a própria vida. Mas, afinal, qual vida?

O que são retratadas no enredo do filme são as vidas nuas, ou seja, despídas de qualquer valor em si, cuja sobrevivência ou morte não fazem a menor diferença para o Estado, este ente que a partir das declarações de direito passou a assumir a proteção, a otimização da vida, como bem jurídico supremo e valor sagrado. Arrisca-se a vida orgânica, concreta, a vida nua que não é protegida, mas muito pelo contrário, é perseguida e repudiada pelo Estado, para se adquirir uma nova vida, falsa, porém, qualificada, ou seja, a vida abstrata, politicamente aceita.

Curioso notar que em uma realidade em que o virtual ocupa cada vez mais espaço, tornando o corpo cada vez mais obsoleto, ele está também, como no caso do filme, sendo utilizado como instrumento, uma verdadeira moeda de troca, para a aquisição de uma outra vida, não mais biológica ou orgânica, mas em certo sentido, virtual, na medida em que, além de ser uma vida inventada, corresponde a uma vida que o Estado aceita receber e proteger – a vida, portanto, integrada a uma comunidade,

dotada de significado político, qualificada pelo seu pertencimento a uma esfera pública. Senay, turca, e Isabella, italiana, são representadas pelo mesmo corpo, mas não representam a mesma vida perante o Estado. Para este, a vida que tem valor é a da virtual Isabella, representada pelo "corpo ilegal" e concreto de Senay.

A vida, seu valor e sua proteção são, inclusive, os argumentos utilizados por Juan para defender a sua prática: com os rins dos imigrantes salvam-se vidas e, por sua vez, as vidas dos imigrantes passam a ser reconhecidas e protegidas com a concessão de uma nova identidade. Todos ganham, protegem suas vidas e ficam felizes, afirma Juan. O corpo torna-se, assim, o "passaporte" para a felicidade.

A complexidade das relações entre corpo e vida, vida e direito, Estado e poder tornam-se flagrantes em situações como esta retratada pelo filme. O que exatamente estas contradições vêm denunciar? Em decorrência de que processos? Por trás de tantos nós parece estar um único princípio: o da sacralidade da vida. Mas afinal, o que há de paradoxal com a idéia de sacralidade da vida? De que sacralidade se está falando? Ou melhor, qual vida, afinal de contas, é sagrada e, portanto, um bem jurídico supremo?

A paradoxal relação da política do ocidente com a vida tende a demonstrar o quanto a noção de "pertencimento" é fundamental para valorar-se a vida, o quanto, portanto, esta idéia de sacralidade está vinculada não à vida em si, a uma vida qualquer, mas a determinadas vidas. O homem, simplesmente como ser vivo, como *homo sapiens*, não corresponde a uma vida a ser protegida – apenas quando esta vida pertence a uma realidade maior, à esfera pública, como afirma Hannah Arendt, ela passa a ser qualificada – de *zoé* ela passa a ser *bíos*, do mero existir, do simples "ser", o homem passa a "ser algo", ou seja, ser no sentido de ter um *status*.

O tráfico de órgãos retratado pelo filme é um exemplo emblemático, de muitos outros que aqui poderiam ser elucidados, dos paradoxos da complexa relação do homem com a vida, e nesta relação as conseqüentes e (ou) originárias relações da vida com o direito, da vida com a subjetividade, da vida com o poder. A complexidade e o caráter paradoxal destas relações exaltaram-se com a sucessão de inúmeros fatos ao longo

da modernidade, mas, sem dúvida, os acontecimentos do século XX tornaram-nas ainda mais nítidas e gritantes, justamente porque neste século inúmeros saberes e poderes deram ao homem uma capacidade jamais vista de criar, recriar e manipular a vida e produzir a morte – o século XX é, paradoxalmente, o século da vida e da morte.

Da vida, pois nele o desenvolvimento científico, com a tecnociência¹ e seus saberes (como a informática e a biotecnologia), proporcionou à humanidade uma melhor qualidade de vida e bem-estar: curou doenças, descobriu terapêuticas preventivas, foi capaz de criar a vida fora do útero materno, combater o envelhecimento, tornar o feio em belo, decifrar o código humano e interferir artificialmente na seleção natural das espécies. Atualmente o homem médio vive mais e melhor; a expectativa de vida aumentou e seus desejos impossíveis estão se tornando realidade: mudar de sexo, escolher o sexo do próprio filho, alcançar a perfeição física, respirar graças ao batimento cardíaco de um coração de outra pessoa. Enfim, a superação das limitações humanas, hoje, parece mera questão de tempo, que, por sua vez, parece ser cada vez mais curto.

Em contrapartida, o século passado foi palco de alguns dos maiores massacres que a humanidade pôde ser testemunha. A Primeira Guerra Mundial deixou milhões de mortes, mutilados e apátridas. Em nome do imperialismo econômico e político os países sacrificaram as vidas de seus nacionais e desnacionalizaram muitos para poder eliminá-los. A Segunda Guerra Mundial escancarou a imbricação entre poder político e ciência, por meio de práticas eugênicas de eliminação de pessoas tidas como prejudiciais à pureza da raça e à segurança do Estado. Os campos de concentração foram verdadeiros espaços de exceção, onde milhares de vidas foram expropriadas de qualquer valor e dignidade. O sujeito foi instrumentalizado e a vida tornou-se "matável". O massacre dos judeus mostrou que a humanidade estava trilhando um caminho sem volta. O despertar, então, ocorreu no pós-guerra, a partir de uma nova perspectiva dos valores da pessoa humana e sua dignidade.

¹Tecnociência é a integração da ciência com a tecnologia, é a matematização da ciência. Ela é formada por saberes como a informática e a biotecnologia. A sua prática tem proporcionado grandes avanços, mas também grandes polêmicas em relação à natureza e ao homem.

Mas, esse despertar foi esmaçado e embaralhado pela aceleração do progresso científico. A partir da segunda metade do século XX, as descobertas da ciência foram ainda mais significativas para espécie humana. A ciência, cada vez mais unida à técnica, tornou-se mais interventiva, capaz de transformar e manipular a natureza e o homem. Esse excesso de poder, instrumentalizado pela tecnociência e biotecnologia, fez com que novamente a humanidade tomasse consciência do perigo ao qual está sujeita, na medida em que o acelerado desenvolvimento da ciência (agora unida à técnica), muitas vezes, esquece-se de buscar seus fundamentos em princípios éticos e morais.

O século XX é o século do paradoxo: paradoxo que se exprime no choque entre a valorização e intenso cuidado com a vida e o desenvolvimento cada vez maior de técnicas, práticas e saberes que nela investem e a morte de centenas de milhares todos os dias. O homem, a partir principalmente do século XX, vê-se localizado em um limbo, indeciso entre a afirmação da dignidade de sua humanidade e a ambição de uma pós-humanidade sem limites.

Para se resgatar a humanidade do homem em uma realidade cada vez mais técnica, faz-se necessário resgatar uma análise da *vida* em todas as suas potencialidades, não apenas biológica, nem projetada em uma transcendência metafísica, mas em toda sua potência e imanência. O direito, como bem afirmou Paolo Napoli, parece não ter levado em conta a verdadeira noção da *vida*, deixando este objeto tão inapreensível aos cuidados de outros saberes,² bem como de outros poderes.³ Como o autor bem expõe: "[...] a problematização da vida a serviço das

²NAPOLI, Paolo. **Le arti del vero**: storia, diritto e politica in Michel Foucault. Napoli: La città del sole, 2002. p.314.

³"*La vita vissuta, fatta di desideri, di bisogni, di possibilità creatrici socialmente condivise non rientra nell'orizzonte del diritto. Qui è sempre la logica biopolitica ad avere meglio, nella sua strategia di espansione delle potenzialità vitali*" Tradução livre de: "A vida *vissuta*, feita de desejos, necessidades, de possibilidade de criações, socialmente compartilhada não regressa no horizonte do direito. Aqui é sempre a lógica da biopolítica a levar a melhor, na sua estratégia de expansão da potencialidade vital." (NAPOLI, op. cit., p.317).

categorias jurídicas (legislativas, jurisprudenciais, dogmáticas e científicas) não é [...] um fato histórico assim deduzido como se poderia imaginar."⁴

Assim, tendo em vista todas esses nuances e paradoxos, a idéia da presente dissertação é fazer uma análise da complexa relação entre vida, direito, poder e subjetividade, mostrando como o direito moderno tornou-se insuficiente para responder às novas necessidades do homem e da vida. Para isso, buscou-se demonstrar como se deu o estranhamento entre vida e direito moderno pelo processo de abstração que este sofreu durante séculos, bem como trazer uma análise dos poderes que apreenderam a vida e o homem, buscando controlá-los, tornando ainda mais complexas as relações do sujeito com sua vida, seu corpo e sua subjetividade.

Na primeira parte do trabalho, busca-se fazer uma construção histórica do pensamento jurídico moderno apontando o caminho que culminou no direito e no sujeito modernos, indicando criticamente como estes e suas categorias formularam-se como arquétipos abstratos distantes da realidade e deixando a concretude da vida e do homem de fora. A intenção é mostrar como este processo de abstração implicou um estranhamento da vida com o direito e o próprio sujeito e seu corpo, uma vez que este direito aborda um sujeito transcendente racional e falante, inserido dentro de uma comunidade política e não o homem como ser vivo, pertencente, simplesmente, à humanidade. Ao construir-se um direito fundado em um sujeito abstrato, as contradições das relações entre o sujeito, como homem concreto, seu corpo, o poder e o próprio direito acabaram sendo inevitáveis, como se pode testemunhar com a Segunda Guerra Mundial, como se pode atualmente observar com a guerra contra o terrorismo, em que vários direitos simplesmente são suspensos e a exceção torna-se a regra. Os direitos abstratos parecem ter sido construídos como vestimentas que podem ser retiradas conforme o fervor do momento. É fundamental que o horror

⁴"[...] *La problematizzazione della vita ad opera delle categorie giuridiche (legislative, giurisprudenziali, dogmatiche e scientifiche) non è [...] un fatto storico così scontato come si potrebbe immaginare.*" (NAPOLI, op. cit., p.315).

causado pelo acontecido nos campos de concentração persista perante situações, que, embora diversas, apresentam, em sua raiz, o mesmo problema: a complexa relação do homem com a vida, com o poder e com o direito.

Como todo trabalho que se propõe a fazer uma abordagem histórica, fez-se necessário estabelecer um corte temporal. Dessa forma, optou-se por iniciá-lo com o período referente à Idade Média para que se tenham bem delimitadas as transformações do homem, do seu direito e de suas concepções de vida na transição para a Modernidade, período histórico em que as formas de pensamento ocidental atuais são totalmente legatárias; transição esta que permitiu a emergência de um sujeito individual e abstrato de uma concretude orgânica e comunitária e a transformação de um direito que emanava dos fatos e das coisas para um direito que passa a emanar do sujeito e de suas razão e vontade.

Tenta-se demonstrar como, a partir de alguns filósofos modernos fundamentais (como Descartes, Kant, Hobbes, Locke, Rousseau), se formou a idéia de um sujeito racional e transcendental, para além da concretude da vida e do corpo, e como este sujeito expandiu-se do saber filosófico para ocupar a cena no universo jurídico, constituindo, assim, o abstrato sujeito de direitos, dotado de direitos subjetivos inatos mas que passaram a ser reconhecidos e garantidos por uma entidade maior, qual seja, o Estado e sua lei, geral e abstrata. Busca-se, portanto, demonstrar como este processo de abstração, tanto do direito quanto do homem, que se tornou uma categoria abstrata do ordenamento jurídico – o sujeito de direito – afastaram-se da vida em sua dimensão concreta, orgânica e biológica, afastamento que veio causar uma espécie de estranhamento, responsável também pela contradição das relações entre direito, vida, subjetividade e homem, flagradas em situações cada vez mais freqüentes, seja no submundo do crime com o tráfico de órgãos, seja nas clínicas de luxo de reprodução assistida.

A segunda parte, por sua vez, assume a missão de demonstrar a partir de uma visão crítica do processo histórico da modernidade, o que abarcou a vida concreta e biológica abandonada pelo direito. Trata-se de iluminar aquilo que permanece

esquecido pelo discurso oficial que apresenta a emergência do Sujeito autônomo e racional, do Estado protetor de direitos e da ordem jurídica libertadora e segura dos códigos. Para isso optou-se por trazer à tona a abordagem de Michel Foucault, crítico ácido da modernidade e de seus fundamentos, que percebeu exatamente as relações de poder que, para além do Poder soberano, da lei e do discurso do sujeito racional, tomaram conta da vida em sua plenitude, inclusive em seu aspecto biológico⁵. O autor aponta como as idéias de vida e de homem como ser vivo ingressam em toda produção de conhecimento e nas estratégias e relações de poder, principalmente a partir da modernidade – trata-se da estruturação do biopoder, o poder que, como afirma Foucault, apreende a vida e faz dela seu principal objeto.

Além de Foucault, é analisado um importante autor, Giorgio Agamben, bem como é apresentada uma linha de abordagem diferente da biopolítica, a biopolítica menor, tentando, assim, fazer um breve panorama sobre o conceito de biopoder e sua essencialidade para explicar a complicação que hoje se vê entre a vida e o direito. Não há como prescindir deste elemento, ou seja, do biopoder e de sua análise para se compreender os paradoxos atuais, conseqüências necessárias do agigantamento deste poder sobre a vida e sobre o homem. Embora Foucault ao tratar sobre biopoder não tenha feito nenhuma análise específica sobre a relação da vida com o direito, algumas pistas por ele foram deixadas e é seguindo seus rastros que esta pesquisa se encaminhou. Como afirma Paolo Napoli, nesta linha:

⁵Para traduzir essa idéia nas palavras de Foucault, uma citação feita em sua obra "A vontade de saber", é fundamental e bastante elucidativa: "Foi a vida muito mais do que o direito, que se tornou o objeto das lutas políticas, ainda que estas últimas se formulem através de afirmações de direito. O 'direito' à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o 'direito', acima de todas as opressões ou 'alienações', de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser, esse 'direito' tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política, a todos estes novos procedimentos de poder que, por sua vez, também não fazem parte do direito tradicional da soberania." (FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2003. v.1. p.136).

Erra, todavia, Foucault em separar a questão da vida do direito [...] Uma reapropriação da vida em termos de direito é uma tarefa toda por construir exatamente porque o discurso jurídico afrontou o fenômeno [...] de maneira tanto simbólica quanto parcial na ligação extrema com a morte.⁶

Esses paradoxos, essa complicação, esse estranhamento são demonstrados, por fim, na terceira parte, que tentando unir as partes anteriores, ou seja, a combinação da abstração do direito e do sujeito com a apreensão da vida pelo biopoder, apresenta algumas questões da biotecnologia e da tecnociência, que com suas novidades, mais do que nunca, colocam em xeque os moldes modernos de pensamento a que se está viciado. Tenta-se mostrar como estes saberes-poderes reformulam conceitos que a princípio pareciam inquestionáveis, como vida, morte, coisa, pessoa, e trazem à tona elementos com os quais as categorias modernas tradicionais não conseguem dialogar: o comatoso, o embrião. Para demonstrar mais claramente este impasse, são apresentadas situações referentes ao início e ao fim da vida, ou seja, o nascer com a questão do embrião e da reprodução assistida e alguns dos problemas desta desencadeados e o morrer com a questão da eutanásia. É feita então a relação da biotecnologia com as categorias abstratas modernas, demonstrando-se a insuficiência destas e a relação da biotecnologia também com o biopoder: tendência à normalização da sociedade (definição do capital humano hereditário); manipulação da vida, que transcende o corpo e a passa a manipular informações predeterminando o futuro da espécie; medicalização da vida – excesso de controle do corpo, do sujeito, das emoções e das sensações. A biotecnologia é um saber-poder em que a insuficiência das categorias modernas se imbricam com a lógica nociva do biopoder, deixando nítida a complexa relação entre vida, direito, poder e subjetividade que este trabalho se propôs demonstrar.

⁶"Sbaglia, tuttavia, Foucault a separar la questione della vita da quella del diritto [...]. Una riappropriazione della vita in termini di diritto è un'impresa tutta da costruire proprio perché il discorso giuridico ha storicamente affrontato il fenomeno [...] in maniera tanto simbolica quanto parziale nel connubio estremo con la morte." (NAPOLI, op. cit., p.323).

Romperam-se as barreiras dos binários modernos e uma nova realidade está se formando. Os moldes, as categorias em que as realidades anteriores eram lidas não mais se encaixam. O quadro da nova realidade está se desenhando e precisa de uma nova moldura, de novos pintores, novas tintas, novos pincéis.

O presente trabalho tem, então, a intenção de tentar demonstrar a necessidade, justamente, de buscar-se novas armas, novas formas de pensar que possibilitem a formulação de um direito que proteja a humanidade sem ser humanista (no sentido moderno) e que resguarde a vida sem ser vitalista (no sentido biologizante).

É fundamental, todavia, alertar para uma omissão propositada no presente trabalho: a questão da bioética⁷. Pela dificuldade da regulamentação de questões ligadas à vida, pelo estranhamento dela com o direito, pela impossibilidade de estabelecer regras e limites rígidos a um progresso tão acelerado e complexo, a bioética tornou-se um campo de apelo bastante comum, pois ela expressa uma linha que tenta conciliar a liberdade da ciência, bem como dos indivíduos em usufruírem os benefícios que as descobertas científicas proporcionam com a responsabilidade tanto no que se refere aos processos de pesquisas quanto nos campos de aplicação e acesso às novidades. Trata-se de um saber (também ela saber-poder) que tem ao seu favor o fato de expressar uma tendência mediadora e não maniqueísta, respeitando as particularidades e diversidades culturais.

Evidentemente, em análises que relacionam direito e vida tais temas tornaram-se centrais nos discursos atuais. Mas é justamente fora desses discursos que esta dissertação pretende desenrolar-se. A intenção aqui é compreender como o direito atual que se mostra insuficiente e que portanto recorre a outros saberes (como a bioética) – o que não deixa de ser importante, na medida em que a

⁷Segundo Javier Sádaba, Bioética corresponde ao "estudo sistemático da ação ou conduta humana com relação à biologia e à saúde segundo valores e princípios morais [...], consiste no estudo moral de um conjunto de ciências e, assim, incluirá como matéria de investigação uma variada série de campos" (SÁBADA, Javier. La necesidad de la bioética repensar el sujeto. In: CASADO, Maria (Comp.). **Estudios de bioética y derecho**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000. p.38).

interdisciplinaridade enriquece o conhecimento – formou-se, o que de sua formação foi responsável por sua incompatibilidade em responder às questões da vida, e quais saberes e poderes permearam a sua formação como direito abstrato estranho à vida, apreendendo e controlando esta vida para além do universo jurídico. Ingressar no estudo da bioética talvez fosse relevante como o levantamento de um dos elementos (importante) que se destaca em torno das complexas questões da vida e do direito, mas estar-se-ia fugindo de certa maneira da linha que o presente trabalho optou tomar, que é justamente a fuga dos discursos da modernidade e do humanismo moderno, os quais permeiam, por certo, todo o discurso da bioética, cujo sujeito baliza-se na concepção moderna de homem (seus princípios norteadores são o da autonomia, da justiça e da beneficência – ou não malificência). Esta dissertação, dessa forma, optou por analisar as relações vida-direito a partir de um outro foco de análise, não mais ou menos importante ou interessante, mas apenas diferente, tentando escapar do círculo vicioso do discurso humanista da modernidade.⁸

⁸Paolo Napoli também faz uma leitura bastante crítica da bioética. Segundo ele, a bioética dialoga com a lógica biopolítica. Em suas palavras: "Como discurso que se interroga sobre os limites de compatibilidade entre processos tecnológicos e princípios que tutelam a inviolabilidade de qualidades humanas fundamentais, a bioética alimenta de fato um saber cúmplice da idéia biopolítica [...], a bioética, para além de todos os seus especialismos, deve interrogar-se sobre o estatuto de seu próprio discurso, sobre o eventual incremento de normalização que esse produz, à luz sobretudo de uma evidência sempre mais difícil de ignorar. Pretendendo dar voz à razão da vida, a qual naturalidade todavia, da sua fase inicial àquela terminal, resulta continuamente alterada pelos processos tecnológicos, das decisões políticas e dos projetos de vida que os indivíduos conscientemente escolhem, a bioética promove de fato uma imagem constitutiva do vivente, mais que a defesa da sua verdade fundamental. A característica humana, assim como aquelas animal e vegetal, não é a origem que o discurso bioético pretende preservar ou recuperar, mas, ao contrário, aquilo que tende incessantemente a redefinir." Tradução livre de: *"Come discorso che s'interroga sui limiti di compatibilità tra processi tecnologici e principi che tutelano l'invulnerabilità di qualità umane fondamentali, la bioetica alimenta di fatto un sapere complice dell'idea biopolitica [...] la bioetica, al di là di tutti i suoi specialismi, deve interrogarsi sullo statuto del proprio discorso, sull'eventuale incremento di normalizzazione che esso produce, alla luce soprattutto di un'evidenza sempre più difficile da ignorare. Pretendendo di dar voce alle ragioni della vita, la cui naturalità però, dalla sua fase iniziale a quella terminale, risulta di continuo alterata dai processi tecnologici, dalle decisioni politiche e dai progetti di vita che gli individui consapevolmente scelgono, la bioetica promuove di fatto un'immagine costitutiva del vivente, più che la difesa della sua verità fondamentale. La caratteristica umana, così come quella animale o vegetale, non è l'origine che il bioetico intende preservare o recuperare, ma piuttosto ciò che tende incessantemente a ridefinire."* (NAPOLI, op.c it., p.326-327).

PARTE I
CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO
MODERNO E A EMERGÊNCIA DO SUJEITO

CAPÍTULO 1

IDADE MÉDIA: CONTRASTE E EMBRIÃO DA MODERNIDADE

Neste capítulo tem-se o intuito de exibir as principais características da Idade Média no que for pertinente para demonstrar um dos objetivos do trabalho, ou seja, como se deu a construção do direito moderno e como ocorreu o processo de abstração e construção de suas principais categorias, dentre elas o sujeito de direito e o direito subjetivo. Para isso então, fez-se necessário analisar como era o direito medieval e a sua compreensão e relação com o poder e a sociedade; como era concebido o homem, ou seja, quais as raízes que deram origem à compreensão moderna de indivíduo e sujeito de direito e quais as diferenças com a forma de interpretar medieval e como se deu a transição de uma visão comunitária para uma visão individualista; como era a relação entre o homem, a vida, a morte. Analisar estes pontos mostra-se relevante pois ajuda a se perceber a raiz histórica de elementos que influenciam ainda hoje a compreensão da realidade: como nasceram idéias que hoje, de tão arraigadas na mentalidade de todos, parecem que sempre existiram. É estudando e analisando o processo histórico que se descobre o quanto estes elementos são "históricos" e se já foi possível compreender a realidade sem eles, será possível compreendê-la com novos.

Mas, antes de tudo, é importante justificar a escolha do ponto de partida: a Idade Média. Na verdade, muitos poderiam afirmar que para se discutir sobre o direito moderno, o interessante, do ponto de vista historiográfico, seria iniciar pela Antiguidade, uma vez que o direito moderno estruturou-se, também, graças à redescoberta dos textos romanos e da exploração das filosofias antigas, como o estoicismo e o epicurismo (humanismo). Todavia, tal linha de pensamento apesar de seguir uma outra lógica, pode denunciar uma certa ignorância em relação ao conteúdo e riqueza histórico-cultural do período medieval, conteúdo e riqueza dos quais depende todo o pensamento moderno.

O Humanismo Renascentista funda os pressupostos do pensamento moderno. Mas é fundamental ressaltar que o Renascimento não seria Renascimento sem as

bases da Idade Média e que principalmente no direito grande parte da jurisprudência moderna é de herança medieval.⁹

A Idade Média não foi, como muitos teimam em dizer, um período de estagnação histórica, social e cultural. Muito pelo contrário. O período medieval corresponde a um milênio de riquíssimos acontecimentos, e, como defende Paolo Grossi, para pensá-lo deve-se partir de um campo de análise liberto da idéia de que esse seria um período transitório, sem autonomia e frágil como momento histórico:

A retórica ideologicamente carregada de humanismo renascentista, marcando como Idade Medieval – *media aetas* – a idade a ele precedente, é dizer, aquela idade que se estende por quase um milênio desde o século V até o século XV, pretendeu indicar com ele, realizando maliciosamente seu caráter de idade transitória, sua não-autonomia, sua debilidade como momento histórico. Essa é uma perspectiva que falseia a realidade e que há tempos a historiografia se dispôs a remover, e que o historiador do direito pode unir sua voz com plena consciência para combater tal falseamento: a construção medieval de uma ordem jurídica própria é a demonstração de uma intensa originalidade em virtude de sua intensa historicidade; um complexo harmônico de construções típicas porque respondiam e eram adequadas às exigências históricas, estavam fundadas em novos valores emergentes e, enquanto tais, eram expressivas da sociedade em suas mais remotas raízes.¹⁰

Dessa forma, em virtude da importância da Idade Média como momento histórico, em todos os âmbitos e inclusive para o direito, e também por uma opção de recorte histórico, o presente trabalho optou, para analisar a construção histórica

⁹CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonte e il pensiero giuridico I. Lilano: Dott. A. Giuffrè, 1982. p.172-173.

¹⁰"La retorica ideologicamente carica dell'umanesimo rinascimentale, bollando come medioevo – *media aetas* – l'età ad esso precedente, quell'età che si svolge per quasi un millennio dal secolo V d.C. al secolo XV, ha preteso additarne, nel maliciosamente sottolineato carattere di età transitoria, la sua non-autonomia, la sua debolezza come momento storico. È una prospettiva falsante, che da tempo la storiografia ha provveduto a rimuovere, e lo storico del diritto può con piena consapevolezza unire la sua voce a contestare una tal falsazione: la costruzione medioevale di un proprio ordine giuridico è all'insegna di una intensa originalità in forza della sua intensa storicità; in complesso armonico di costruzioni tipiche perché rispondenti e congeniali alle esigenze storiche, fondate nei nuovi valori emergenti e, come tali, espressive della società nelle sue più remote radici." (GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 10.ed. Roma: Editori Laterza, 2003. p.9).

do direito moderno, bem como a emergência do sujeito (moderno), por iniciar pelo período medieval que, injustamente, muitas vezes recebe pouca atenção daqueles que pretendem entender as raízes da mentalidade em que estão inseridos.

Assim, portanto, como período histórico, a Idade Média, bem como seu direito, ou melhor, sua ordem jurídica¹¹, são dotados de autonomia em relação ao período antigo e moderno, e merece ser estudado com especial atenção para uma conseqüente melhor análise do período moderno.

1.1 O DIREITO COMO FATO E O DIREITO COMUM DOUTRINAL E CIENTÍFICO

A queda do Império Romano, decorrente de uma crise de autoridade, credibilidade e efetividade, inaugurou o direito medieval¹² e fez emergir uma realidade de poderes fragmentados, carregada de particularismos políticos, econômicos e jurídicos.

O direito medieval não está ligado a um poder político (é independente em relação a uma ordem autoritária e central, diferentemente do que veio a ser o direito moderno, como se sabe), mas está ligado diretamente ao corpo social e aos seus valores. O direito medieval está para além do Estado, da hierarquia das fontes – ele

¹¹Grossi em seu livro *"L'ordine giuridico medievale"* justifica a utilização do termo "ordem", que teria sido escolhido intencionalmente pelo autor. Segundo ele, nunca em nenhum outro período como na Idade Média o direito teria representado a dimensão fundante da sociedade, a estabilização de toda desordem e multiplicidade – o período medieval, segundo o autor, é jurídico em sua essência: *"Un ordine che non si lascia scalfire dagli episodi grandi e piccoli della vicenda storica, perché si colloca al di là del potere politico e dei suoi detentori, svincolato dalle miserie della quotidianità, collocato nel terreno fondo e sicuro delle radici supreme, dei valori."* (GROSSI, **L'ordine...**, p.14). Tradução livre de: "Uma ordem que não se deixa deteriorar pelos episódios grandes e pequenos das vicissitudes históricas, porque se situa além do poder político e de quem o exerce, desvinculados das misérias da continuidade, posto em um terreno profundo e seguro das raízes supremas, dos valores." O direito está enraizado nos valores, e de acordo com a Idade Média, dois valores fundamentais, um de ordem imanente, a natureza das coisas e, um de ordem transcendente, Deus.

¹²É importante frisar que o direito medieval teve dois períodos. O primeiro se estende do século V ao século XI, e foi fortemente marcado pela filosofia de Santo Agostinho e a influência da Sagrada Escritura, como uma das principais fontes do direito (ou melhor, a fonte autêntica). O segundo corresponde ao período do século XII ao XIV, em que o agostianismo enfraquece cedendo espaço ao aristotelismo de São Tomás de Aquino e haverá uma significativa retomada do direito romano (GROSSI, **L'ordine...**).

está, sim, na experiência e no cotidiano da vida social, o que implica uma vitalidade do direito determinante, uma vez que este retrata fortemente o espírito, a cultura e tudo aquilo que circula na sociedade.

Em razão de ter esta autonomia¹³ em relação ao poder político, o direito medieval é caracterizado por um acentuado pluralismo jurídico, decorrente, portanto, da intensa faticidade, historicidade do direito e pluralidade de valores que circulam na sociedade.

O direito medieval é o resultado da vivência da comunidade, vivência que constrói a sua história. Dessa forma o direito é um produto histórico, do qual se podem extrair as raízes da sociedade. Ele reflete valores e, portanto, acaba ganhando raízes que lhe conferem uma certa estabilidade na medida em que os valores tendem a ser permanentes. Toda esta lógica está presente na experiência jurídica¹⁴ medieval e é por isso que pode considerar como uma das características do seu direito, a historicidade, bem como o tradicionalismo, com base na idéia de que "o que foi tem, por isso mesmo o direito de ser"¹⁵ e que costume ruim é o costume recente. Todavia, cabe ressaltar que, embora tradicionalista, o direito medieval acabava sendo moldável, pois principalmente na primeira fase medieval (século V ao XII), era eminentemente oral, não estando enrijecido em textos e documentos.

¹³Cabe destacar que essa autonomia não é absoluta, mas, sim, relativa. Como afirma Grossi, o detentor do poder não entende o direito como objeto necessário para dominar, governar. Apenas vê como relevante a zona do jurídico vinculado à conservação do poder – o que hoje se chamaria direito público. Mas no que se refere à vida cotidiana, em que prevalece o direito privado, há uma atenção episódica. Esta indiferença, portanto, acaba gerando uma relativa independência do direito em relação ao poder político (GROSSI, **L'ordine...**, p.40/41).

¹⁴Esse termo "experiência jurídica" é utilizado por Paolo Grossi e segundo ele "[...] significa infatti un modo peculiare di vivere il diritto nella storia, di percepirlo concettualizzarlo applicarlo, in connessione a una determinata visione del mondo sociale, a determinate presupposti culturali; significa quindi un insieme di scelte peculiari e di soluzioni peculiari per i grandi problemi che la realizzazione del diritto pone a seconda de vari contesti storici." (GROSSI, **L'ordine...**, p.23). Tradução livre de: "[...] significa de fato, um modo peculiar de viver o direito na história, percebê-lo, conceituá-lo, aplicá-lo, em conexão com uma determinada visão de mundo social, a determinados pressupostos culturais; significa, portanto, um conjunto de eleições peculiares e de soluções peculiares para os grandes problemas que supõe a criação do direito em sua conformidade com os distintos contextos históricos."

¹⁵BLOCH, Marc. **A sociedade medieval**. 2.ed. Lisboa: Edições 70, 1987. p.130.

O direito estava completamente aderido ao social, em razão da ausência de um poder central. Com base no regime feudal em que as relações se davam em torno da autoridade e da fidelidade, ambos num contexto pessoal (relação senhor-vassalo)¹⁶, e, portanto, mais privado do que público, o direito afirmava-se dentro destes laços em que a obediência não se dava necessariamente em razão de uma coação externa, mas mais em virtude de um sentimento de respeito, fidelidade e até necessidade.

Como afirma Georges Duby com a feudalização ocorre uma privatização do poder: "No limite, poder-se-ia dizer que na sociedade que se torna feudal a área do público se embota, se encolhe, e que, ao termo do processo, tudo é privado, que a vida privada penetra tudo".¹⁷ Houve uma fragmentação do poder público de tal maneira que cada casa, cada região limitada de terra tornou-se um Estado, um soberano de si mesmo, exercendo um poder que não deixa de ser público, concluindo Duby, paradoxalmente, que "[...] no limite [...] tudo se tornou público na sociedade feudalizada"¹⁸. O que era privado disseminou-se em relações de poder, havendo assim cada vez menos vida privada, na medida em que o poder tornou-se privado.

¹⁶O feudalismo é caracterizado por Antônio Manuel Hespanha como um regime político-jurídico. A desagregação do Império Romano do Ocidente, as invasões bárbaras, a insegurança generalizada, a deterioração do comércio, a ruralização e o esvaziamento das cidades, todos estes fenômenos combinados deu origem à estrutura chamada de feudalismo, caracterizado pela relação interpessoal vassalo-senhor. Esta relação se dá por meio de um pacto de submissão, no qual o senhor cede um tanto da sua terra em troca de serviços e total fidelidade do vassalo (HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982).

¹⁷DUBY, Georges; ARIÉS, Philippe. **História da vida privada**: da Europa feudal à Renascença. Organização Georges Duby; Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v.2. p.24.

¹⁸Na verdade, Duby destaca que embora tenha havido essa privatização do público na Idade Média, manteve-se sempre a noção de que certos domínios são de natureza pública. Dentro do cercado privado, as pessoas que não compõem o *populus* (comunidade de homens adultos e livres que se distinguem por seu status de liberdade) estão sob o domínio particular do poder doméstico do chefe da casa, o homem livre, o *pater famílias*. Este tinha tamanho poder que, qualquer posição que tivesse um filho na vida pública, na vida privada este poder se perdia e havia total submissão ao pai, chefe da família. À Lei do espaço público escapa as leis do espaço doméstico (DUBY, ARIÉS, op. cit., p.25).

O rei não era o centro do poder. Ele era apenas o senhor dos senhores, ou seja, a relação não era direta rei-súditos, mas cheia de intermediações. Como afirma Duby, cada torre (seja do castelo do príncipe, seja dos senhores) mantinha sob seu jugo a fração do povo estabelecida ao seu redor.¹⁹ Assim o direito não emanava de um poder central, mas emergia do cotidiano social – o detentor do poder político será apenas mais uma das fontes do direito (não a prevalente); o príncipe não corresponde àquele que o cria, mas apenas aquele que o diz, sendo, portanto, um intérprete do direito que lhe é preexistente.

Esse vínculo esfumado com o poder político implica um vínculo forte e vivo com o costume e com o movimento econômico e espiritual da sociedade. Há uma tendência natural do costume tornar-se lei – o costume corresponde à lei em potência.²⁰

A lei sistematizada, por sua vez, na medida em que é dotada de elasticidade, tem a capacidade de modificar-se conforme o movimento consuetudinário, o que acarreta uma constante harmonização e adaptação entre o direito e a vida social.

O direito constitui-se, então, a partir dos fatos (faticidade do direito) – entendendo-se por fato, uma entidade da natureza física e social, a qual contém em si uma potencialidade jurídica destinada a manifestar-se e a incidir sobre a experiência histórica²¹.

¹⁹DUBY, Georges; ARIÉS, op. cit., p.34.

²⁰Como afirma Paolo Grossi: "[...] *la consuetudine appartiene allo strato più profondo, più 'radicale' del diritto, inerisce alle strutture, più intime dell'assetto socio-politico assicurando una fondazione salda e stabile alle fragilità e incertezze di un quotidiano straordinariamente turbolento [...]*" Tradução livre de: "[...] o costume pertence ao estrato mais profundo, mais radical do direito, inserido na estrutura mais íntima da ordem sociopolítica assegurando uma fundação robusta e estável em relação à fragilidade e incerteza de um cotidiano extraordinariamente turbulento." (GROSSI, **L'ordine...**, p.91/92).

²¹GROSSI, **L'ordine...**, p.58.

Sem um controle do alto, qualquer coisa ou fato dotado de força incisiva no tecido social tende a exprimir normatividade e a diferenciar-se e particularizar-se – cada terra, cada unidade agrária pretende a sua própria norma.

Esta faticidade exprime uma característica essencial da Idade Medieval, o reicentrismo, pois corresponde ao reflexo, no direito, do modo de se pensar a partir da natureza das coisas. No reicentrismo, como o próprio nome já exprime, tem-se a centralidade da coisa – a natureza cósmica é a força determinante que molda a ordem jurídica. Não há muita distinção entre o sujeito e a coisa²², entre a consciência e os fenômenos. O homem medieval sente-se condicionado à natureza das coisas: "As coisas [...] agigantam-se e tornam-se os elementos essenciais de uma paisagem que apresenta sempre menores traços da ação humana."²³ O direito, assim, é desprendido, surge das regras já inscritas nas coisas do mundo:

Forças e regras primordiais escritas sobre as próprias coisas serão o cânone construtivo da nova civilização em um clima de humildade total. O ordenamento se espelha nas coisas; constrói-se do ponto de vista das coisas, e para o coração delas desloca-se o momento vital. O jurídico não é mais o conjunto de formas sobre-ordinárias segundo um projeto de soberania, mas o conjunto de modestos indumentos marcados por uma absoluta aderência plástica à realidade objetiva [...].²⁴

Essa faticidade e preponderância da coisa em relação ao homem são bastante evidentes, por exemplo, na relação direito-coisas. Este tipo de relação terá uma peculiaridade na perspectiva medieval – as relações de pertencimento serão completamente diversas do arquétipo da propriedade a que os modernos estão acostumados. No direito medieval, titularidade e exercício se ofuscam. As figuras

²²Essa ausência de distinção entre sujeito e coisa, entre criatura raciocinante e mundo dos fenômenos é chamado de primitivismo protomedieval e está presente principalmente no período compreendido entre o século V e VIII, segundo Paolo Grossi (*L'ordine...*, p.67-72).

²³GROSSI, Paolo. **História das propriedades e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.42.

²⁴GROSSI, *História...*, p.42-43.

jurídicas aparecem da faticidade, da experiência: aparência, uso, gozo, exercício – situações que, segundo Paolo Grossi, exprimem uma familiaridade do homem com as coisas. Não existem, portanto, cânones artificiosos de qualificação, pois a normatividade vem dos próprios fatos e de sua efetividade na experiência.²⁵ A propriedade medieval corresponde a tantos poderes autônomos quanto as dimensões que a coisa puder legitimar. Cada um desses poderes encarna um conteúdo proprietário.

Impera a efetividade em detrimento da validade. Como o direito decorre do fato e da experiência, e não de formas preestabelecidas, como ocorre no direito moderno, não há qualquer preocupação no que se refere à equivalência do fato concreto à norma. Há, portanto, "uma dimensão de factualidade contraposta a um reino estático de formas oficiais."²⁶ A norma "é", "acontece" e não "vale". A relação com os bens, com as coisas, então, será compreendida como um conjunto de situações de efetividade sobre o bem.²⁷

Essa faticidade, então, pode ser considerada como uma das características principais do direito medieval. Todavia, principalmente a partir da Baixa Idade Média, (séculos XII e XIII) transformações na organização e dinamicidade sociais acarretarão mudanças no âmbito jurídico, fazendo com que este, embora ainda aderido aos fatos e aos costumes, adquira uma dose doutrinal e científica, dando origem a um novo período de formação jurídica: o período sapiencial, fundamental no resgate do direito romano, dotado de uma jurisprudência que influenciou fortemente a construção do direito moderno.

²⁵"Sem arquétipos culturais na mente, pobres de tradições anteriores mas, não pobres de sensibilidade, o juiz e o tabelião da alta idade média modelam sobre o vivo da argila plasticíssima figuras jurídicas grandes e rudimentares mas, inchadas de fatos como eram carregadas de afetividade, historicamente muito vivazes. Das coisas se liberava um emaranhado de instâncias concretas e dava corpo a uma ordem jurídica aderentíssima, não pensada, não sistematizada, não esquematizada, mas aderentíssima." (GROSSI, **História...**, p.47-48).

²⁶GROSSI, **História...**, p.15.

²⁷GROSSI, **História...**, p.38-39.

A partir do século XII e XIII, ocorrem profundas mudanças na realidade medieval. Nesse período há uma maior produção agrícola, as cidades tornam-se centros e as relações sociais e econômicas se intensificam. Essa nova fase acende o debate entre o Império e a Igreja (entre a ordem temporal e religiosa, portanto); as idéias circulam mais que antes e a cultura se converte em riqueza difundida – as escolas abandonam os muros do monastério para alcançar a cidade. O direito adquire uma versão sapiencial – multiplicam-se centros de educação e estudo; os conhecimentos teológico, jurídico e filosófico se expressam através de uma corralidade cada vez mais ampla qualitativa e quantitativamente. A ciência²⁸ se torna o coração da civilização e a sociedade passa a lhe confiar uma função primordial.

Não obstante tais mudanças, o direito continuará desvinculado do poder político e a lei continua vinculada à natureza das coisas. O costume não perde sua importância (a factualidade do direito e seu patrimônio consuetudinário continuam sendo contemplados), mas a vivacidade e a complexidade da vida cotidiana nas cidades requerem novos instrumentos jurídicos mais eficazes e adequados. Haverá nessa fase uma profunda simbiose entre os costumes que se arrastam pela terra e a ciência que vem do alto.²⁹

Toda esta dinâmica social irá exigir um direito mais estável que permita um comércio intereuropeu. O particularismo dos usos, eficazes para uma sociedade estática, converte-se em limitador e sufocante. O sistema jurídico oriundo da justiça

²⁸A ciência será tida como caminho para a verdade, como garantia da consecução da verdade. Grossi destaca a importância de se ter em mente que a Idade Medieval não era completamente presa ao imanente, mas que estava aberta em relação a uma fusão harmônica entre céu e terra, física e metafísica. A história é um itinerário concreto em direção à salvação. E neste itinerário a ciência realiza a sua função: a ciência é iluminação, amizade com a divindade, a fonte da verdade (assim concebe a escolástica). (GROSSI, **L'ordine...**, p.123).

²⁹GROSSI, **L'ordine...**, p.128.

cristã, por sua vez, torna-se insuficiente, por ser vago e exigente demais. Para suprir esta deficiência, haverá um forte retorno aos textos jurídicos romanos.³⁰

O *Corpus Iuris Civilis* é revalorizado, sendo considerado como depósito normativo e sapiencial corroborado pelo transcurso do tempo e pela aceitação coletiva. Ele será a matéria-prima do trabalho dos chamados glosadores (protagonistas até os anos trinta do século XIII) e comentadores (que terão forte presença desde o final do século XIII até o início do século XVI), que farão importantes interpretações de seus textos.

Tem-se, então, a partir dos séculos XI e XII o "redescobrimento" das fontes romanas. O Digesto tornou-se o instrumento operativo: toda linguagem técnica, geral, refinada e elaborada que havia sido exilada na fase protomedieval (séculos V ao XI), apresentam-se agora, perante esta nova realidade complexificada, como úteis.

Os glosadores re-descobrem o *Corpus Iustianeu* como momento formal de validade que lhes faltava. Mas esta redescoberta levanta um evidente conflito: como adaptar um direito de seis séculos atrás à realidade do século XII. Para superar esse conflito deve-se ter em mente duas atitudes – a humildade de pedir ao gigante um suporte e a consciência de olhá-lo com os olhos do presente para poder instrumentalizá-lo de maneira proveitosa para as necessidades atuais.

Assim, a interpretação tornou-se um método extremamente utilizado pelo direito medieval, colocado em prática pela ciência. Na verdade, a *scientia iuris*, é por excelência, *intrepretatio*.

³⁰Como afirma Villey: "O direito cristão talvez bastasse, poderíamos pensar, para comunidades rurais, senhoriais, patriarcais, para grandes famílias, para grupos feudais restritos. Mas, no norte da Itália, no século XI, deu-se o ressurgimento das cidades e do comércio: há trocas, contratos, fortunas individuais. Precisa-se de medidas estritas dos limites das posses e das conseqüências dos contratos, de fixação do meu e do teu [...] Para isso, porém, só se dispõe do direito romano para fornecer alguma assistência [...] se inicia o renascimento bolonhês." (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.196).

Na escola dos glosadores a interpretação tinha um caráter eminentemente exegético, ou seja, reinava o princípio da fidelidade ao texto justianeu e o caráter analítico em face destes: "[...] a ciência jurídica devia consistir, portanto, numa *interpretatio* cuidadosa e humilde, destinada a esclarecer o sentido das palavras (*verba tenere*), e para além disso, captar o sentido que estas encerravam (*sensu eligere*)."³¹ Isto ocorria porque os interesses dos glosadores eram eminentemente teóricos e não práticos. Alterar o sentido do texto para adaptá-lo às necessidades do presente não foi algo buscado e realizado pelos glosadores, mas sim pelos comentadores.

Para esses, com interesses mais práticos direcionados à solução dos conflitos concretos, a interpretação não se reduzia a um mero descobrimento, mas era também um ato de vontade e liberdade do intérprete. Com os comentadores se abre caminho para uma teoria libertadora da interpretação, no qual o intérprete redesenha novas figuras jurídicas, adaptando o velho ao novo. Dessa forma o texto romano é revivido, mas sendo conformado à nova mentalidade³².

Os textos não devem ser prisões aos intérpretes. Estes os adaptam às novas exigências por meio do princípio da *Aequitas*, segundo o qual se faz necessária uma constante adequação dos fatos às normas. Por meio deste princípio a ordem jurídica se projeta na efetividade.

Assim, ainda que com os textos romanos se tenha buscado um momento de validade para trazer mais estabilidade ao direito em face de uma sociedade mais dinâmica, a efetividade continua a ser o primado do direito medieval – os fatos continuam ditando as normas e os costumes, a força adequadora da ciência jurídica.

³¹HESPANHA, **História...**, p.459.

³²Um exemplo muito característico dessa adequação está presente na construção da teoria do *domínio dividido*. As questões de direito real eram resolvidas pelo direito romano como a noção *dominium*. A figura do sujeito era essencial, pois a relação homem-bens se dava a partir do poder do homem. Como no direito medieval a centralidade estava na coisa e não no sujeito, a adaptação se deu da seguinte maneira: em relação a uma mesma coisa é possível duas situações de pertencimento: o domínio direto (relação com a substância) e o domínio útil (relação com a utilidade). (GROSSI, **História...**, p.51).

Mas, ainda que houvesse este intuito prático nos comentadores que os impulsionaram a tomar uma atitude mais livre em relação aos textos, a crença de que o corpo normativo positivado é irretocável é tão presente neles quanto nos glosadores. Portanto, a atualização e adaptação são feitas única e exclusivamente por técnicas de interpretação³³, mesmo que na prática o efeito seja uma mudança significativa da norma estabelecida.

Todo esse trabalho de *interpretatio* realizado pelos glosadores e comentadores deu origem ao chamado Direito Comum. Este direito corresponde à unificação de várias fontes do direito: o direito justinianeus, os direitos locais, o direito canônico. Uma vez que o ensino jurídico era o mesmo em toda a Europa, esta homogeneidade da formação intelectual dos juristas, que utilizavam a mesma fonte, o direito romano, e a mesma língua, o latim, acarretou uma unidade do direito em toda a Europa: "O mesmo direito, na mesma língua, com a mesma metodologia."³⁴

Nesse período tardomedieval, então, ocorre uma intensa dialética entre o particular, decorrente dos costumes (a pluralidade dos ordenamentos medievais, nenhum dotado de pretensões totalitárias, mas específicos em seu âmbito de atuação e convivendo harmonicamente com os demais), e o universal, decorrente dos esquemas gerais e ordenadores criados pela ciência, ou seja, do Direito Comum, cuja presença constante justificava-se na medida em que este era tido como um patrimônio da humanidade civilizada, fundado na razão.

³³Antônio Manuel Hespanha destaca algumas técnicas de interpretação voltadas à inovação do texto da lei. Uma delas corresponde à busca do espírito para além da letra da lei, atribuindo-lhe um valor decisivo. Quando a regra não pode ser aplicada, interpreta-se restringindo ou ampliando o seu sentido. Outra técnica é a interpretação lógica, segundo a qual o texto é o ponto de partida, mas consiste apenas numa idéia geral, até ser integrado no contexto. A dialética aristotélica também foi bastante utilizada. Por meio dela todos os assuntos são encarados de diferentes pontos de vista, diferentes tópicos, induzindo à discussão do problema, até se encontrar uma perspectiva de acordo com a qual se pudesse unir todos os institutos considerados. Os institutos, assim, são definidos e qualificados em gêneros, espécies, enfim conjuntos cada vez mais específicos e encadeados de maneira lógica (HESPANHA, **História...**, p.469/472).

³⁴HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. 3.ed. Sintra: Publicações Europa-América, 2003. p.90.

Como os ordenamentos medievais não requerem legitimação do exterior, pois se autolegitimam substancialmente, a convivência entre eles se garante de maneira harmônica – na realidade medieval não há hierarquia das fontes (mais uma drástica diferença ao que veio a ser o direito moderno). Assim, ainda que dotado de todo um respeito por seu caráter científico e racional, o direito comum, muitas vezes, cedia às exigências do direito local.

A retomada do direito romano é fundamental para o começo embrionário do direito moderno, que vai buscar nos moldes romanos a estabilidade e a validade que precisava para regular uma sociedade burguesa de trocas que exige segurança jurídica. Os humanistas serão os responsáveis pela apreensão do direito romano clássico, defendendo o purismo de seus textos e criticando severamente a utilização dos textos romanos pelos comentadores e glosadores. Ainda que estes tenham feito um maior proveito do direito romano do período justineu e não clássico e adaptado estes textos por métodos de interpretação, é notável a importância do ressurgimento do direito romano por estes estudiosos, cientistas do direito. Este foi um grande passo para o processo de sistematização e criação de conceitos gerais e abstratos que veio a ser feito séculos depois pelos humanistas, como se verá em item subsequente.

Assim, nesse item foi possível se ver como o direito estava aderido aos fatos, às coisas e não ao homem. Qual era, então, a concepção do homem na Idade Média? A idéia moderna de um indivíduo isolado da sociedade, de um sujeito e de direitos a ele inerentes é algo totalmente estranho a esta realidade reincentrista. Como é visto e que papel tem então o homem num universo onde quem reina são as coisas?

1.2 O HOMEM NA REALIDADE MEDIEVAL

Como a lógica medieval está centrada na coisa, ela prescinde do indivíduo – o homem não é compreendido isoladamente, mas apenas como uma parte integrada num todo, e em virtude do papel e da função que esta parte cumpre inserida na

totalidade, qual seja, a comunidade. Trata-se, pois, de uma outra característica medieval fundamental: o comunitarismo.

O universo medieval é um cosmo ordenado³⁵, e esta ordem se dispõe segundo uma lógica hierárquica, calcada na desigualdade, pois pressupõe a disparidade de seus elementos e a sua diversidade ontológica para a realização da unidade.

A ordem hierárquica é ascendente – do imperfeito ao perfeito – e culmina em Deus. A diferença é natural e exerce uma função importante, na medida em que é a partir dela que se estabelece a lógica da ordem, cuja finalidade é o bem comum.

Esta diferença aparecia no direito sob a forma de "estado" e privilégio. Este estado corresponde exatamente ao lugar na ordem, ao dever social. "Nos distintos planos do direito, constituem-se assim estatutos pessoais ou estados, correspondentes aos grupos de pessoas com um mesmo estatuto jurídico (com os mesmos privilégios)."³⁶

Para ter direitos a pessoa deve antes estar enquadrada em um estado, e seus direitos vão depender do estado em que ela está representada: "A verdadeira pessoa jurídica é esse estado, que é permanente; e não os indivíduos, transitórios, que lhe conferem momentaneamente uma face [...] Homem que não tenha estado não é pessoa [...] Tal é o caso dos escravos"³⁷. Os indivíduos não são fontes autônomas de direitos e obrigações, "mas apenas como portadores dos direitos e deveres próprios do corpo ou corpos em que estão integrados".³⁸

Um sujeito pode ser representado por vários estados e, ao mesmo tempo, um estado pode abarcar várias pessoas.

Como padrões da estrutura social, a diferença e a hierarquia medieval determinam as relações sociais a partir de uma perspectiva de comando e obediência.

³⁵COSTA, Pietro. **Civitas**: storia della cittadinanza in Europa. Roma: Laterza, 1999. v.1.

³⁶HESPANHA, **História...**, p.81.

³⁷HESPANHA, **História...**, p.83.

³⁸HESPANHA, **História...**, p.211.

Como afirma Pietro Costa, a palavra-chave para se compreender o padrão destas relações é o *dominium*. Este terá em Deus a sua verdadeira fonte, e se traduzirá nas diversas relações de comando e obediência – reis em relação aos senhores, os senhores em relação aos vassallos, o *pater família* em relação aos demais membros. Assim, "o domínio, por sua vez, desenvolve-se e legitima-se como potência ordenante."³⁹

O mesmo autor conclui que "Os elementos de ordem e de comando, da diferença e da hierarquia são, portanto, figuras onipresentes na cultura medieval e exatamente por isso valem como elementos essenciais da sua sintaxe político-jurídica."⁴⁰

Sendo concebida sempre como grupo ou comunidade, a sociedade medieval será representada como um corpo, em que cada parte (os indivíduos) terá uma função diferenciada e essencial para o funcionamento do todo. A cabeça corresponde ao príncipe, os olhos ao juiz e assim sucessivamente até funções menos nobres, mas essenciais para o funcionamento do corpo. Trata-se de uma metáfora organicista que evidencia a desigualdade colaborativa e solidária entre as partes, que trabalham juntas para a realização do mesmo fim cósmico.⁴¹

Uma outra figura representativa da sociedade medieval destacada por Pietro Costa é a *Universitas*, que corresponde à unificação de elementos distintos e tem a função de representar um sujeito coletivo. Assim, "a linguagem do *corpus* e da *universitas* está a indicar o primado da dimensão coletiva: isto é, o que se coloca em relevo é o momento de unificação da multiplicidade, o reunir-se do múltiplo na unidade

³⁹"[...] il dominio, a sua volta, si dispiega e si legittima come potenza ordinante'." (COSTA, op. cit., p.7).

⁴⁰"Gli elementi dell'ordine e del comando, della differenza e della gerarchia sono dunque figure onnipresenti nella cultura medioevale e proprio per questo valgono come elementi essenziali della sua sintassi politico-giuridica." (COSTA, op. cit., p.7/8).

⁴¹Além de evidenciar a desigualdade como um fato necessário para o bom funcionamento do todo, esta metáfora orgânica, do corpo, serve para demonstrar como o poder estava descentralizado na Idade Média. Nesse sentido, a cabeça corresponde ao príncipe, mas o corpo não se reduz a ela. Muito pelo contrário, todas as outras partes são essenciais e gozam de uma autonomia própria que se mantém harmonicamente com as demais.

da *universitas*. A metáfora do corpo sugere a idéia da solidariedade dos membros e sua necessária colaboração na vida de todos."⁴²

Nessa lógica, o indivíduo é visto como algo imperfeito e impensável fora de uma ordem natural e social. A comunidade é protagonista dentro deste ideário político-teológico-jurídico, porque único depositário de poder e função. Como bem expõe Georges Duby:

A sociedade medieval era de estrutura tão granulosa, formada de grumos tão compactos que todo indivíduo que tentasse se libertar do estreito e muito abundante convívio que constituía então a *privacy*, isolar-se, erigir em torno de si sua própria clausura, encerrar-se em seu jardim fechado, era imediatamente objeto, seja de suspeita, seja de admiração, tido como contestador ou então por herói, em todo caso impelido para o domínio do estranho, o qual atentemos às palavras, era antítese do 'privado' [...] Só se expunham desse modo os desencaminhados, os possuídos, os loucos: segundo a opinião comum, um dos sintomas da loucura era vaguear sozinho.⁴³

Assim, tanto do ponto de vista público quanto do ponto de vista privado, o indivíduo não era concebido isoladamente – no primeiro isso se percebe na análise dos direitos, que apenas decorrem do enquadramento em um determinado estado (papel social), no segundo pelo estranhamento e anormalidade do estar sozinho.

Essa idéia hoje pode parecer absurda, uma vez que a noção de indivíduo e sujeito de direitos é hoje algo tão normalizado e interiorizado nas mentes modernas. Todavia, ao se fazer uma análise de alguns séculos que precederam a modernidade, constata-se o quão históricas essas idéias são.

Não que na Idade Média não existisse a idéia de indivíduo. Este existe, mas, diferentemente da visão moderna que o concebe como um ser isolado e autônomo, o período medieval o concebe como algo relacional, ou seja, como uma parte integrada

⁴²"Il linguaggio del corpus e dell'universitas sta a indicare il primato della dimensione collettiva: ciò che pone in rilievo è il momento di unificazione del molteplice, il riunirsi dei molti nell'unità dell' universitas. La metafora del corpo suggerisce l'idea della solidarietà delle membra e del loro necessario collaborare alla vita dell'insieme." (COSTA, op. cit., p.10).

⁴³DUBY e ARIÉS, op. cit., p.504.

num todo. Não há uma noção ontológica de indivíduo, um ser cuja essência e existência são independentes de qualquer coisa.

A experiência medieval vive num comunitarismo, segundo o qual o indivíduo é visto como algo imperfeito e incompleto, valorizado apenas quando integrado na comunidade, esta sim, uma totalidade perfeita e completa.

Percebe-se, então, dentre as principais características da Idade Média: a valorização dos fenômenos coletivos, a concepção do poder como algo repartido em múltiplos corpos dotados de autonomia política e jurídica; poder político global responsável por manter a autonomia de cada corpo social e seu estatuto; concepção do indivíduo apenas como parte do grupo; inexistência de direitos individuais, mas apenas corporativos – direitos dos membros de um corpo social, isto porque nenhum sujeito é visto em sua condição individual, mas apenas a partir de sua posição no todo, seu *status*, que corresponde à situação jurídica do sujeito. Os sujeitos são definíveis apenas relacionalmente – e as relações fundamentais são as relações de poder. Não há indivíduo, há o livre, o servo, o dono, o pai, o filho. Não existe o sujeito, mas uma multiplicidade de condições subjetivas hierárquicas.⁴⁴

Esta forma de compreender o homem – que por sua vez irá interferir na forma de se compreender o direito – mudará radicalmente ao longo das construções teóricas da modernidade. O homem como indivíduo, ou sujeito, algo autônomo e independente da realidade social – este sujeito tão familiar aos modernos – não emergiu do nada, mas decorreu de um longo e árduo processo histórico. O sujeito moderno é histórico e do seu surgimento, ou melhor, da sua construção, emergiu também toda uma nova forma de conceber o direito, que abandonou a centralidade da coisa e sua ordem natural, para partir do sujeito e da natureza humana. Um dos pensamentos medievais que contribuíram para esta transição na forma de se compreender o homem foi o franciscanismo e o nominalismo de Guilherme de Ockham.

⁴⁴HESPAÑA, *História...*, p.211.

Na Idade Média, como já se pode observar, a força de Deus, bem como a natureza, impõem-se de tal maneira sobre os indivíduos que estes, constantemente submetidos às ordens divinas e aos fatos naturais (catástrofes, secas, epidemias), vêem a sua impotência em face do imprevisível e do não manipulável, o que acarreta uma visão do sujeito individual, isolado, como uma aberração, por sua imperfeição e impotência.

Embora essa tenha sido a noção prevalente no pensamento medieval, algumas alterações são sentidas, graças a construções teóricas isoladas que com o tempo vão ganhando força e substância. É o caso da escolástica franciscana.

A teoria franciscana mostra que a subjetividade não esteve absolutamente negligenciada no período medieval. E, apesar da noção do sujeito moderno, autônomo e pleno de si ter dependido muito da laicização da filosofia, teve também suas bases em filosofias de cunho religioso como a filosofia franciscana. Como Michel Villey afirma, a "filosofia moderna enquanto oposta à antiga é um produto do cristianismo".⁴⁵

A ordem franciscana teve sua criação com São Francisco de Assis, em 1210. Esta ordem pregava a pobreza e a vivência conforme o Evangelho. Na verdade, a filosofia de vida desta ordem buscava transcender ao direito, na medida em que viver conforme os conselhos do Evangelho tornaria aquele supérfluo. Todo o tipo de riqueza e posse é por esta ordem desprezada. Prescindindo de bens, o direito é desnecessário, uma vez que sua principal função é reger a partilha desses bens. Os franciscanos, então, renunciavam ao direito para si mesmos.

Todavia, na medida em que esta ordem foi ganhando prestígio, os franciscanos começaram a apropriar-se de Igrejas e obtiveram privilégios da Santa Sé. Porém, como estes se negavam a possuir qualquer bem, o Papado responsabilizava-se da propriedade, enquanto os franciscanos apenas detinham o uso fático destes bens.

⁴⁵VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.126.

Não obstante, a partir do século XVI, esta situação cômoda e coerente com a lógica da filosofia dos franciscanos sofreu uma significativa alteração. Roma se cansou e o Papado (representado por João XXII) não permitiu mais que os franciscanos continuassem neste limbo do não-direito e pretendeu impor aos franciscanos o título de propriedade dos bens que utilizavam, o que era evidentemente contra a forma de vida dos franciscanos, que condenavam todo tipo de propriedade e não aceitavam nada além do uso.

Desse impasse ascendeu-se uma riquíssima discussão que fermentou a concepção de direito da época. As inquietações se relacionaram principalmente às situações referentes às relações entre sujeito e coisa, levantando-se a discussão em torno dos termos técnicos uso, usufruto, *dominium*, propriedade. O que é direito? Como distinguir o uso da propriedade?

Para responder a esse impasse e defender o modo de vida franciscano calcado na pobreza, Guilherme de Ockham constrói uma tese bastante original para sua época.

O Papa João XXII, com base na teoria tomista, defende que a propriedade privada é um direito natural e um meio apropriado para o homem, na terra, conduzir seu desenvolvimento. Os franciscanos por sua vez, contra a propriedade, defendiam apenas o uso, o que foi rebatido como inadmissível pelo papa. Segundo ele, seria pura ficção pretender que os franciscanos não têm direitos, uma vez que detêm o uso estável e garantido de seus bens e seus frutos. Caberia, então, restituir-lhes a propriedade, que cabia até então ao papado, mas que estava vazia de todo conteúdo substancial. Como os franciscanos detinham o usufruto perpétuo dos bens, qual seria então a diferença de serem proprietários? A distinção só é cabível quando ao proprietário há algum benefício, ainda que futuro. Para o papa, então, não havia mais razão em separar o usufruto realizado pelos franciscanos e a propriedade. Estes realizam sim direitos e não apenas uso de fato.

Essa perspectiva decorre exatamente da noção de que o direito está implicado, está vinculado com a própria coisa – o reicentrismo do direito medieval,

herdado da filosofia clássica⁴⁶, segundo a qual o direito é identificado com as coisas que são partilhadas segundo o que é devido a cada um. Na tradição clássico-tomista a coisa e o direito são inseparáveis.

Ockham, então, para defender a tese de que os franciscanos tinham o uso e não o direito inverte a fonte irradiadora do direito, da coisa para o indivíduo, ou melhor, separa o direito da coisa – modifica, dessa forma, a definição de *ius*. Ele defende que todo direito implica uma idéia de poder, que é conferido por uma lei positiva – um poder do indivíduo em relação à coisa. Assim o direito se diferencia do uso de fato, na medida em que neste último não há o poder, a *potestas* de reivindicar uma sanção caso não se realize este direito. Os franciscanos, assim, não detêm o *ius utendi*, pois sua relação com o bem não corresponde a um poder de fazer uso da coisa, de que não se pode ser privado contra a vontade sem causa razoável, sob pena de processo e sanção – tem-se em relação ao bem, dessa forma, apenas o uso de fato.⁴⁷

Como afirma Michel Villey, para que os franciscanos pudessem abster-se do direito de modo fundado, foi necessário reduzir o significado de *ius*:

[...] reduzi-lo a esse instrumento de coerção material, o poder de se defender na justiça [...] Dessa forma, o direito fica desvalorizado, e não surpreende que essa operação venha de um franciscano que empenha todos os seus esforços para demonstrar que a vida mais santa é uma vida que exclui o direito [...].⁴⁸

⁴⁶"Uno de esos rasgos fundamentales del derecho en su concepción clásica es su carácter objetivo. Afirmar carácter objetivo del derecho es significar ante todo que éste no radica primariamente en el sujeto sin algo externo a él, en la acción exterior o cosa." Tradução livre de: "Um dos traços fundamentais do direito em sua concepção clássica é seu caráter objetivo. Afirmar o caráter objetivo do direito é significar antes de tudo que este não radica primeiramente no sujeito, mas em algo externo a ele, na ação exterior ou coisa." (GALLEGO, Elio. **Tradición Jurídica e Derecho Subjetivo**. Madrid: Dykinson, 1996. p.51).

⁴⁷VILLEY, A **formação...**, p.269/276.

⁴⁸VILLEY, A **formação...**, p.277/278.

Uma outra contribuição de Ockham para com a lógica do pensamento moderno foi o desenvolvimento de uma filosofia já antiga, mas que com ele merece destaque: o nominalismo.

O nominalismo compreende a realidade a partir do singular, do individual, rompendo, portanto, com conceitos universais, tão comum à filosofia clássica e medieval.

Há uma ruptura com o realismo de São Tomás. Segundo o realismo, há antes uma realidade para os indivíduos, realidade esta detentora de uma ordem, cujas relações entre os indivíduos estão acima dos próprios indivíduos. As coisas existem objetivamente, independentemente do intelecto dos indivíduos.

A idéia de uma ordem natural fixa corresponde a uma verdadeira afronta ao pensamento franciscano, adepto à idéia da onipotência divina, uma vez que equivale à negação da ação direta de Deus sobre a vida dos indivíduos. Admitir uma natureza com ordem própria, eterna e imutável implica submeter Deus a esta ordem, o que é absurdo para a lógica franciscana, que percebe a ordem das coisas determinada única e exclusivamente pela vontade divina.

Para Ockham as coisas só são isoladamente – só os indivíduos existem. Os termos genéricos, as noções gerais como o homem, a humanidade, não são seres, são apenas signos, conceitos, etapas para o conhecimento, "instrumentos lingüísticos que servem para conotar [...] uma pluralidade de objetos que tenham entre si alguma semelhança"⁴⁹. Apenas se pode adquirir um conhecimento perfeito do individual: "Universais e relações são apenas instrumentos de pensamento. No real e na natureza real não existe nada acima dos indivíduos: não existem universais, estruturas, direito natural".⁵⁰

Esse nominalismo invadiu a Europa e alcançou também o direito. O indivíduo e não mais a coisa torna-se o centro irradiador do direito (verdadeiro repúdio à

⁴⁹VILLEY, *Filosofia...*, p.132.

⁵⁰VILLEY, *A formação...*, p.231.

concepção de Aristóteles). Este passa a ser analisado a partir das qualidades do indivíduo, a extensão de suas faculdades. Como a ordem da natureza deixou de ser a fonte do direito, este será buscado nas vontades positivas dos indivíduos.

O personalismo sempre presente na vida cristã torna-se evidente na filosofia nominalista de Ockham, que valoriza de sobremaneira o indivíduo, o sujeito. E uma vez que toda verdade está no indivíduo, o direito deste decorrerá.

O direito antes de tudo tem sua fonte na vontade de Deus, estando positivado na Sagrada Escritura. Num segundo momento, por Deus ter conferido ao homem também a *potestas*, ou melhor, o poder de instituir chefes, estes terão a responsabilidade de criar o direito que irá orientar os homens no nível temporal. Estes chefes serão escolhidos por meio de um contrato. As leis positivas humanas surgem, assim, do poder legislativo conferido ao chefe, por ordem de Deus e pelo contrato social entre os homens.⁵¹

Como se pode perceber, alguns pilares fundamentais da modernidade – o indivíduo e o direito subjetivo, as leis positivas oriundas do chefe escolhido por meio de um contrato social – tiveram suas origens também no pensamento de Ockham, o que faz dele fundamental para se ingressar no universo do pensamento moderno.

Com Ockham se tem apenas o sinal embrionário de um processo que se tornará central na modernidade: a centralização do sujeito e a aquisição de contornos pelos direitos subjetivos, que passam a simbolizar o cerne da compreensão do direito moderno.

⁵¹"O conjunto da ordem jurídica é constituído por poderes, dos quais, a cada vez, saem normas, ligando os poderes uns aos outros. Há o direito subjetivo de Deus, sua *potestas absoluta*; e, acima, os *jura poli*, os poderes concedidos por Deus a cada um dos indivíduos, ainda não providos de sanções; mais acima, os poderes engendrados pelo direito positivo humano, os *jura fori*. São todos poderes absolutos. Pode-se fazer uso deles ao bel-prazer, ou não usá-los, renunciar a eles: como os franciscanos renunciam a exercer sua *potestas appropriandi* [...] Toda ordem social é outorga e distribuição de liberdades, estas essenciais à vida moral cristã do indivíduo [...] Os direitos subjetivos dos indivíduos preencheram o vazio resultante da perda do direito natural. A ordem social aparece agora constituída, não por uma rede de proporções entre objetos partilhados entre as pessoas, mas por um sistema, por um lado, de poderes subordinados uns aos outros e, por outro, de leis provenientes dos poderes." (VILLEY, **A formação...**, p.286/287).

A doutrina jurídica moderna persistirá em conceber o direito como conjunto de regras impostas aos indivíduos, decorrentes da vontade e da qualidade humana destes – o direito fundado, então, na liberdade. A tendência individualista nominalista se expandirá e ganhará contornos secularizados com a contribuição da filosofia estoica trazida à tona pelo Renascimento.

Tendo-se compreendido, então, nestes itens, como o direito e o homem eram concebidos na Idade Média, por fim, deve-se analisar a relação do homem com a vida e a morte neste período histórico, para se poder constatar o quanto os saberes e poderes da modernidade alteraram esta relação marcando profundamente a atual.

1.3 A VIDA E A MORTE NA IDADE MÉDIA

Para compreender como a vida era encarada na Idade Média é fundamental entender a relação da mentalidade medieval com a morte. Como já se afirmou anteriormente, todo o período medieval foi marcado por um alto índice de mortalidade, em virtude das guerras, epidemias, secas, fome. Para a criança tornar-se adulto era um desafio e para o adulto envelhecer, outro maior ainda. Em uma realidade contaminada de heróis, cavaleiros e fortalezas, o verdadeiro desafio e a verdadeira vitória eram a manutenção da vida.

A religiosidade, elemento sempre presente em todos os momentos da vida do homem medieval, não está menos presente na hora da morte, pelo contrário, ela auxilia a morrer, amenizando os medos, as angústias:

Ajudando o povo cristão a unir-se ao destino de Cristo, a morrer, mas a vencer a morte como o próprio Jesus a vencera mil e quatrocentos anos antes. O verdadeiro meio de consegui-lo é identificar-se com Cristo em seus sofrimentos e humilhações, e para isso contemplar sem cessar as imagens da vida e da morte de Jesus, profusamente espalhada por toda parte. Mas quem pode viver bem na terra, atormentado por tanta cobiça? Pode-se, pelo menos, morrer bem. E de fato, tudo se joga nesse momento decisivo, o derradeiro, o da passagem.⁵²

⁵²DUBY, Georges. **A Europa na idade média**. Trad. Antonio de Paula Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p.145.

O verdadeiro cristão encara a morte como a morte física, acesso, portanto, à vida eterna, um novo nascimento. A morte era a invocação do poder de Deus:

Ver partir, enfraquecer, sofrer, morrer um próximo é sentir sobre si a mão de Deus, reconhecer seu poder, invocar sua misericórdia. Entregar-se a Deus, sentir Sua providência é uma fórmula mais do que habitual nas cartas privadas, e muito sincera. Os defuntos da família, que freqüentemente se conheceu tão bem, estabelecem também eles uma outra mediação do privado com o Céu [...] esses mortos inocentes [...] conservam na família o sentido de uma proximidade muito mais familiar com o mundo celeste.⁵³

A morte era, paradoxalmente, um momento familiar e alegre, por estar presente no cotidiano das pessoas e representar a passagem para a vida eterna, e, ao mesmo tempo, único, na medida em que em torno dele realizavam-se verdadeiras cerimônias, cheias de rituais para encaminhar o corpo e a alma e, temido, pela incerteza da salvação⁵⁴.

As idéias de paraíso, inferno, salvação, pecado, castigo, juízo final faziam parte da angústia cotidiana das pessoas; angústia esta que apenas aumentava no momento da morte, pois é neste que se faz o balanço final de toda uma vida. O sobrenatural está presente no dia-a-dia do homem medieval, "o invisível não é menos presente do que o real"⁵⁵. A insegurança, o medo e a impotência deste homem torna-se evidente no processo de morrer, e por isso ele será precedido de inúmeros

⁵³DUBY e ARIÈS, op. cit., p.303.

⁵⁴Acreditava-se na continuação após a morte – morte física, acesso à vida eterna. Na verdade, a crença era que após a morte entrava-se num sono profundo, um descanso intermediário, até o regresso de Cristo que, no Juízo Final, despertaria os justos para entrarem na luz. Todavia esta idéia de julgamento foi gradativamente separando-se da noção de ressurreição – cada um torna-se responsável pela sua própria ressurreição, acarretando, assim, um processo de individualização da morte, a partir dos séculos XII e XIII. Com isso acaba aquele período intermediário de descanso e a decisão do destino final é feita no momento da morte – o purgatório substitui as idéias do sono. O drama passa a correr dentro do quarto do doente e não mais no além. Essa mudança de mentalidade pode ser testemunhada nas obras de arte da época que substituem as imagens do Juízo Final por imagens individuais da morte em casa, no próprio leito. O medo da morte torna-se mais evidente quando se une o momento da decisão do destino da alma ao momento exato da morte (ARIÈS, Philippe. **O homem perante a morte I**. 2.ed. Trad. Ana Rabaça. Portugal: Publicações Europa-América, 2000).

⁵⁵ARIÈS, op. cit., p.151.

rituais de preparação. Todavia, este medo e esta insegurança eram mesclados com uma sensação de resignação e familiaridade.

Para Philippe Ariès, tais sensações em relação à morte que parecem contraditórias, na verdade, são complementares:

'a morte vem curar tudo' ou ainda 'antes sofrer que morrer', eis duas afirmações na realidade mais complementares que contraditórias, duas faces do mesmo sentimento: uma não anda sem a outra. O pesar da vida retira à aceitação da morte o que ela tem de forçado e de retórico nas morais sabedorias.⁵⁶

Por estar mais "acostumado" com a morte e por conceber a limitação e imperfeição do homem como algo inerente a ele, ou seja, por sentir a sua insignificância em relação à natureza que sobredetermina os fenômenos, natureza, portanto, que o homem não dominava, mas era sim por ela dominado, este homem tem uma relação de aceitação com a morte que os modernos, ou pós-modernos, contaminados com a visão tecnocientífica e biotecnológica, que pretende transcender todas as limitações humanas⁵⁷, não têm. Nega-se, evita-se, corre-se da morte, enquanto o homem medieval fazia dela um grande acontecimento. Por ter mais humildade em relação às suas limitações – e a morte é a maior delas – o homem medieval é mais receptivo e resignado quando está perante a morte – esta é humildemente aceita como uma fatalidade, exprimindo assim um sentimento de resignação ao inevitável.

A morte era ritualizada, é por esta razão que Philippe Ariès utiliza o termo "morte domada". Segundo o autor, principalmente na primeira fase da Idade Média, mais temida que a própria morte era a morte súbita, considerada traiçoeira, na medida em que não permitiria todos os atos que devem preceder a "boa morte". No mesmo sentido Georges Duby: "A hora da morte constitui um torneio cuja arena é a

⁵⁶ARIÈS, op. cit., p.25.

⁵⁷"A atitude antiga em que a morte é ao mesmo tempo próxima, familiar e diminuída, insensibilizada, opõe-se demasiado à nossa onde faz tanto medo que já não ousamos pronunciar o seu nome." (ARIÈS, op. cit., p.40).

câmara mortuária, ou antes, o leito de agonia (só se morre em sua própria cama: a morte mais temida é a morte súbita, imprevista, não preparada)."⁵⁸

A morte tinha que ser avisada, interiorizada. Como expõe Philippe Ariès, citando Chateaubriand, no *Gênio do Cristianismo*: "A morte, tão poética porque respeita as coisas imortais, tão misteriosa por causa do seu silêncio, devia ter mil maneiras de se anunciar".⁵⁹ Morrer torna-se uma arte e é por isso que nessa época a literatura se impregna de livros que difundem receitas para *bem morrer* – trata-se da *Artes moriandi*.

Além de ser ritualizada, a morte deveria ser pública – a publicidade era uma das suas características fundamentais. Até neste momento o isolamento era estranhado, evitado; a imperfeição do indivíduo isolado se estendia até a hora da morte:

Morrer é, de certa forma pregar. Cumpre então morrer em público, para distribuir, para dar a todos os que, ao redor de si, se acham ainda vivos uma lição de renúncia. A 'arte de morrer' [...] lembra [...] que não é possível salvar-se sozinho que convém estender, no momento certo, os braços para o Salvador, ou seja, para o Cristo crucificado.⁶⁰

Nessa linha de entendimento, portanto, além da morte súbita, a morte clandestina, sem cerimônias e testemunhas, também era repudiada, tida como uma maldição.

A morte era um momento de tamanha importância e atenção, que segundo Duby, a maior obra de arte do século XIV não é a catedral nem o palácio, mas o túmulo. Este refletia na morte a riqueza, o poder em vida. Na Idade Média, até a sociedade dos mortos é calcada na desigualdade e hierarquia.⁶¹

⁵⁸DUBY, op. cit., p.145/146.

⁵⁹ARIÈS, op. cit., p.16.

⁶⁰DUBY, op. cit., p.146.

⁶¹"[...] para os maiores príncipes deste mundo [...] erigir o próprio túmulo era também afirmar, por uma última vez, o próprio poder [...] O túmulo tornava-se então um monumento de majestade civil [...] Todo homem que alcança o pleno poder eleva simbolicamente uma torre ao mesmo tempo que manda construir seu próprio túmulo." (DUBY, op. cit., p.149).

Diferentemente da visão antiga, que afastava os mortos dos vivos, decorrente de uma verdadeira repugnância em relação a estes, vivos e mortos convivem harmonicamente na Idade Média – a repulsa antiga foi ao poucos sendo substituída por um sentimento de familiaridade. Isso se deu pela fé na ressurreição associada ao culto dos mártires e de seus túmulos. Os mortos deixam de meter medo. Seus corpos precisavam de um lugar onde fossem cuidados para que no dia do juízo final pudessem ressuscitar: "[...] o corpo morto de um cristão criava só por si um espaço se não perfeitamente sagrado, pelo menos, segundo o *distinguo* de Durand de Mende no século XIII, religioso."⁶²

Dessa forma, os cemitérios eram tidos como sagrados, pois vistos como dormitório dos mortos. Eles aos poucos adentraram os muros das cidades e tornaram-se os principais locais de vida pública na Idade Média. A proximidade entre eles e as igrejas é um fato marcante.⁶³

Como há pouco se afirmou, assim como a Igreja, os cemitérios eram centros da vida social, correspondendo ao mesmo tempo a praças públicas e ao local reservado aos mortos. Habitavam-se tranquilamente os cemitérios, que eram verdadeiros pontos públicos de encontro tanto de seus habitantes (vivos e mortos) como de todos da cidade.⁶⁴

⁶²ARIÈS, op. cit., p.55.

⁶³"Os mortos já misturados com os habitantes dos bairros pobres suburbanos, foram deste modo introduzidos no coração histórico das cidades: a partir de então, deixou de haver em parte alguma igreja que não recebesse sepulturas nos seus muros e que não estivesse junto a um cemitério. A relação osmótica ente a igreja e o cemitério está definitivamente estabelecida." (ARIÈS, op. cit., p.50).

⁶⁴"Habitava-se, portanto, no cemitério sem se ficar minimamente impressionado pelo espetáculo dos enterros, pela vizinhança das grandes fossas comuns, deixadas abertas até serem cheias [...] A igreja era a 'casa comum'; o cemitério, o espaço aberto, igualmente comum, em épocas em que existiam outros lugares públicos senão a rua, não havia outro lugar de encontro [...]" (ARIÈS, op. cit., p.83).

Ao fim da Idade Média, o crescimento econômico cria mais estatutos e esfumaça as "castas sociais". Já neste período, como afirma Philippe Ariès, o homem começa a tomar consciência de si e, lentamente, começa a emergir o sujeito, separado da família, da coletividade – o "eu" começa a reivindicar um lugar no grupo⁶⁵. A salvação alcançada pela transformação de si estimula a exploração da própria consciência (a moral e sua busca iniciam um processo de mergulho no interior – "um sujeito ensimesmado").

Fenômenos sociais unidos a práticas privadas são os responsáveis pelo processo de individualização. Na verdade, principalmente nas atividades privadas é que mais se evidencia esse processo, na medida em que, como já se viu, perante a comunidade o indivíduo continua sendo visto como imperfeito, incompleto e nela funcionalizado.

A afirmação da própria identidade se inicia basicamente como um exercício privado, por meio de atividades solitárias de introspecção e reflexão:

A verdadeira liberdade, afirmação de sua própria identidade é o fruto de um exercício privado: a leitura, a escrita permitem ir de encontro a si mesmo, liberto de toda obrigação em relação ao poder público, aos fardos familiares, na leve alegria de um contraste entre o íntimo e o mundo.⁶⁶

Georges Duby destaca que a emergência do "eu" pode ser percebida nas obras literárias, como crônicas, memórias, monólogos, dos séculos XIII e XIV, que se preocupam em descrever o indivíduo. Ainda, a partir do século XV começam a se tornar mais freqüentes as biografias, autobiografias. As pessoas começam a importar-se

⁶⁵Mesmo com todo este processo de descoberta de si, ressalta Georges Duby, que "a exaltação do indivíduo, da consciência de si, manifesta-se de maneira notória a serviço da república [...] A consciência de si é, portanto, balbuciente ou infeliz, afirma-se no mais das vezes com timidez em relação a um modelo de comportamento que é o do bom cidadão." Há na lógica medieval uma necessária sociabilidade (como se percebeu com a idéia do comunitarismo). Não há reputação a ser conquistada para além do público (DUBY e ARIÉS, op. cit., p.529).

⁶⁶DUBY e ARIÉS, op. cit., p.532.

em mostrar o seu perfil. Os retratos e auto-retratos também ganham importância, pois simbolizam a liberação do indivíduo do social.⁶⁷

Esta consciência de si acarretou uma valorização e amor à própria vida⁶⁸ e conseqüentemente uma visão de fracasso em relação à morte. Este apego à vida demonstra também um apego às coisas, aos bens. Dessa forma, como afirma Philippe Ariès:

No final da Idade Média a consciência de si e da sua biografia confundiu-se com o amor pela vida. A morte não foi apenas uma conclusão do ser, mas também uma separação do ter: é preciso deixar casas, pomares e jardins [...] o gozo das coisas foi alterado pela vista da morte. Então a morte deixou de ser balança, liquidação das contas, julgamento, ou ainda sono, para se tornar cadáver e podridão, já no fim da vida e último suspiro, mas morte física, sofrimento, decomposição [...] relação entre a morte e a individualidade, movimento lento que começa no século XII e que chega, no século XV, a um auge nunca depois atingido.⁶⁹

Um fenômeno importante que começa a destacar-se a partir do século XII e que é reflexo deste processo de particularização e personalização da morte (morte de si) corresponde à formulação de testamentos. A arte do bem morrer inclui a presença de um confessor e de um notário, o primeiro para livrar a consciência, o segundo para formular o testamento.⁷⁰

⁶⁷"Se existe uma revolução na descoberta do indivíduo no final da Idade Média, ela se deve aos procedimentos de análise do real, aos instrumentos e ao vocabulário: a prática da dissecação, o hábito da freqüente confissão, o uso da correspondência privada, a difusão do espelho, a técnica da pintura a óleo" (DUBY e ARIÈS, op. cit., p.552).

⁶⁸Para Philippe Ariès não é apenas com o humanismo, a partir do século XIV e XV que se valorizará a vida humana terrestre pela presença constante e consciente da mortalidade. Ele não aceita "a oposição entre o cristianismo medieval voltado para o além, onde a vida terrestre é a antecâmara da eternidade, e a Renascença voltada para o presente, onde a morte nem sempre é o início de uma vida nova. Se há ruptura profunda, é mais entre a primeira e a segunda Idade Média" (ARIÈS, op. cit., p.156).

⁶⁹ARIÈS, op. cit., p.166.

⁷⁰ARIÈS, op. cit., p.233. O testamento era um ato imposto pela Igreja – quem morresse sem não poderia ser enterrado nem na igreja, nem no cemitério. Era compreendido como um contrato de seguro entre Deus e o indivíduo por intermédio da Igreja – um passaporte para o céu e um salvo conduto sobre a terra (p.226).

O homem da segunda Idade Média estava apegado tanto ao além quanto ao aquém. A princípio, a ele cabia a alternativa entre aproveitar a vida ou garantir a salvação. O testamento é, então, a conciliação entre ambos – é o meio pelo qual o homem, tendo gozado de suas riquezas em vida, poderia garantir a sua salvação, fazendo enormes doações para a Igreja e fundações piedosas.

Ainda, além do testamento, a valorização do retrato e a relação direta entre ele e a morte também traduzem o amor pela vida e a vontade de ser da segunda Idade Média. O melhor meio para permanecer vivo era reproduzir o rosto, salvando-se, assim, o segredo da personalidade. E, junto com o retrato, a preocupação com o epitáfio, em traduzir a biografia da vida de um homem.

Como é possível verificar, o aparecimento do "indivíduo" já ao final da Idade Média, pode também ser percebido a partir da relação do homem com a vida e com a morte: a preocupação com a sua própria salvação, em deixar testamento, em reproduzir e eternizar sua imagem em um retrato, em registrar sua história num epitáfio. Enfim, nota-se uma crescente individualização no comportamento, inclusive em relação à morte. A preocupação com o si traduz-se numa valorização da vida e desvalorização da morte que se tornará enfática na modernidade, significando não mais a passagem para uma nova vida, mas o limite e fracasso desta.

Isso tudo traduz a lenta mudança de mentalidade (da medieval para a moderna) que se expressa nas mais variadas formas de comportamento, tanto nas esferas públicas quanto nas esferas privadas. O período de transição de mentalidade, extremamente rico e complexo, justamente por marcar as transformações que o Ocidente passou nesta mudança de períodos históricos corresponde ao Renascimento, caracterizado principalmente pela valorização do homem (humanismo) e do imanente, ou seja, da vida na terra. A partir desse período o homem se torna o centro de tudo, e não mais o Cosmos ou Deus (paradigma da consciência); o direito é tido como uma das faculdades centrais deste homem – direitos subjetivos; e a vida se desprende de sua conotação religiosa e espiritual para se agarrar à concretude do saber científico e do poder político.

CAPÍTULO 2

EMERGÊNCIA DO SUJEITO DE DIREITO E O PROCESSO DE ABSTRAÇÃO

2.1 RENASCIMENTO: A LAICIZAÇÃO DO DIREITO, HUMANISMO E HUGO CRÓCIO

Esse período, o Renascimento, é bastante pertinente para o presente trabalho, pois nele são plantadas as sementes da subjetividade e do racionalismo, os fundamentos, portanto, do direito moderno. Ainda, é nesse período que se estabelecem os alicerces da ciência moderna, saber-poder que influenciará a relação do homem com seu corpo e sua vida, refletindo, conseqüentemente, nas respostas que o universo jurídico é chamado a dar para estas novas relações. A relação hoje entre vida, subjetividade, corpo e direito tiveram suas raízes nesse período histórico de transição, e por isso não há como dele prescindir.

Trata-se de um momento marcado pela vontade de ruptura com os pensamentos anteriores e pelo investimento em novas idéias. Por ser uma transição, a complexidade, caracterizada pelo encontro de opostos, é algo inerente à sua constituição, estando "marcado por um misto de devoção, incredulidade, bem e mal, anseio pela redenção divina e prazer mundano."⁷¹

Há nesse período uma significativa diversidade temática, que sem a pretensão de ser reducionista, pode ser simplificada em quatro fenômenos relativamente simultâneos: a renascença das filosofias antigas, o nascimento de uma nova ciência, a reforma religiosa e a elaboração de teorias políticas, que influenciarão no fortalecimento da idéia do Estado Moderno.

Nesse período a filosofia se desprende da religião, a vida cultural se afasta do pedantismo das Universidades e do ambiente religioso, para se "humanizar" no

⁷¹CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. Trad. do alemão João Azenha Jr; trad. do grego e do latim Mario Eduardo Viaro. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.9/10.

cotidiano das cidades e dos homens comuns, uma vez que a elite cultural provém não mais do clero, mas de burgueses enriquecidos, mais preocupados com questões pragmáticas e não metafísicas – daí o desprezo ao direito elitizado e hermético dos bartolistas e da filosofia escolástica, tão presa à transcendência. Valoriza-se o conhecimento novo, criativo e independente; desliga-se do latim medieval e busca-se o vulgar, dando condições ao livre desenvolvimento do pensamento.

Percebe-se, que nesse momento de transição, o homem adquire uma nova perspectiva do mundo, da natureza, do cosmos, das ciências, dele mesmo e da relação entre ele com todos estes elementos.⁷²

Há um retorno às filosofias da Antiguidade⁷³ em razão de uma superavaliação da cultura clássica e uma forte dose de humanismo – o homem é colocado no centro de todos os questionamentos e respostas, e como centro deste sujeito a razão, capaz de conhecer e dominar o mundo.

Esse processo de valorização do homem implica um questionamento sobre a sua relação com o Cosmos e com Deus, principalmente em torno da questão da liberdade, do livre arbítrio, ou seja, da interferência que o homem tem no mundo e nos fatos – até que ponto mantém-se o determinismo da vontade de Deus, até onde o homem tem a possibilidade de escolha e a capacidade de formar-se a si mesmo.⁷⁴

⁷²Dois autores podem ser destacados nesta busca de novas concepções da natureza, do cosmos e do homem: Nicolau de Cusa (1401-1464) e Giordano Bruno (1548-1600). Para o primeiro, o intelecto devia mover-se independente dos sentidos. Deve-se buscar descobrir leis invariáveis que rejam a variabilidade dos fenômenos a que se está submetido – compreender-se a unidade por meio da variabilidade. Em Giordano Bruno, um novo conceito de pessoa (o "eu"), fundado no intelectual moral demandará um novo conceito de mundo. Para ele, o "eu" só se encontra na medida em que atrai para dentro de si a infinitude do todo (CASSIRER, op. cit., p.306).

⁷³Como afirma Michel Villey, a volta à antiguidade não é novidade, pois a escolástica também bebeu das fontes da filosofia clássica grega. Todavia o que difere o Renascimento e o Humanismo é a escolha das fontes e a maneira de interpretá-las.

⁷⁴Um dos autores que levanta esse impasse, mesclando a tradição aristotélico-escolástica com o neoplatonismo (mistura bastante característica de um período de transição como este) é Pico della Mirandola. Segundo este autor, o homem é a criatura à qual o Criador conferiu uma esfera no interior da qual pode manifestar a sua vontade. No homem as regras da criação são menos fixas –

O homem do Renascimento está num constante impasse entre o mundo exterior e o seu próprio interior, entre o conhecimento dos fatos e o conhecimento de si mesmo, entre a dualidade espírito e natureza.⁷⁵

O homem passa a preocupar-se com a natureza do eu (sua vontade, seu pensar) tanto quanto (e a partir de um ponto, até mais) com a natureza das coisas e nesta preocupação indaga-se o tempo todo da relação sujeito-objeto.

Aos poucos a idéia de superioridade do homem vai se afirmando, sendo defendida com a idéia de que a razão, a capacidade de conhecimento do homem, o distingue das demais coisas do mundo: o mundo contém as coisas, mas apenas o homem pode conhecê-las. Ele aos poucos se separa do Todo para tornar-se um observador, um espelho das coisas.⁷⁶

Verifica-se, então, a ruptura com a lógica medieval, na qual o homem era integrante do todo, era visto e valorizado apenas a partir da função que exercia para o funcionamento da totalidade, uma totalidade hierarquizada. O sujeito começa a ser

Deus não lhe conferiu forma e dom fixos para que ele possa escolher, segundo seu desejo, sua forma, seu dom, seu lugar: "Coloquei-te no centro do mundo para que não tenhas dificuldades em olhar à tua volta e vislumbrar tudo o que nele existe. Não te fiz um ser nem celeste nem terrestre, nem mortal, nem imortal, a fim de que tu mesmo te possas forjar e superar com total liberdade, e para que possas assumir a forma que escolheres para ti, qualquer que ela seja" (MIRANDOLA, Pico della. *Oratio de hominis dignitate*, Opera, fl. 314 ss., apud CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. Trad. do alemão João Azenha Jr; trad. do grego e do latim Mario Eduardo Viaro. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.143).

⁷⁵A influência do platonismo é evidente, portanto.

⁷⁶"O homem não é nada entre as coisas, ele foi feito, criado a mais pela natureza, para se tornar multividente, para ser a expressão, o espelho natural de todas as coisas, desconectado, separado da ordem de todas as coisas, situado bem longe da região das coisas, centro de todas as coisas [...] Pois Deus, após ter terminado, acabado todas as coisas, após ter cada ato atribuído a um lugar, viu que faltava um espectador de tudo, um olho de todas as coisas" (BOVILLUS, Carolus. *De sapiente*, Cap.26, apud CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. Trad. do alemão João Azenha Jr; trad. do grego e do latim Mario Eduardo Viaro. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.154-155).

apartado do mundo das coisas assumindo o papel de espectador e ser do conhecimento e da sabedoria – nasce aos poucos a subjetividade.⁷⁷

Não obstante esse antropocentrismo que se inicia, como se viu, o conhecimento do cosmos, do mundo das coisas também era fundamental para o próprio conhecimento do sujeito. Em razão disso, há uma nova valorização do mundo imanente e as ciências naturais e exatas vão adquirir uma nova relevância e dimensão – a matemática, por ser um saber exato, será o instrumento de compreensão da realidade. Ocorre uma inversão da escala de valor das ciências: a Jurisprudência da Idade Média é substituída pela matemática.

No Renascimento, abre-se mão da metafísica e da psicologia e adota-se uma atitude de observação da natureza, que recebe um novo conceito a partir da perspectiva das ciências exatas e numa relação de equilíbrio entre sujeito e objeto, espírito e natureza.

A época do *Quattrocento* e *Cinquecento* tentam estabelecer um conceito sólido e objetivo de natureza pela via da observação direta, empírico-sensível. Os princípios da natureza devem ser buscados não em categorias abstratas, mas a partir dos próprios fenômenos naturais concretos suscetíveis de serem apreendidos pela observação – este é o verdadeiro meio de relação entre sujeito e objeto, conhecimento e realidade. Verifica-se, então, um processo crescente de secularização do conhecimento pois a revelação da natureza, aos poucos, substitui a revelação da Bíblia.⁷⁸

⁷⁷"Na Idade Média, as duas faces da consciência – aquela voltada para o mundo e a outra, voltada para o interior do próprio homem – permaneceram num estado onírico, de semivigília, envoltas por um mesmo véu tecido de fé, timidez infantil e ilusão. Vistos através deste véu, o mundo e a história pareciam tingidos por cores maravilhosas, mas o homem somente se reconhecia a si mesmo como raça, povo, partido, corporação, família ou qualquer outra forma de coletividade. É na Itália que, pela primeira vez este véu se rasga e [...] eleva-se em toda pujância o *subjetivo*: o homem se transforma num *indivíduo* espiritual e se reconhece como tal." (BURCKHARDT. *Kultur der Renaissance*, I, 141, apud CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. Trad. do alemão João Azenha Jr; trad. do grego e do latim Mario Eduardo Viaro. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p.60).

⁷⁸CASSIRER, op. cit., p.238-240.

O caminho do conhecimento trilhado, então, por muitos dos pensadores renascentistas como Leonardo Da Vinci e Galileu Galilei está centrado na perspectiva de buscar-se a razão na realidade, unindo razão e experiência (empirismo e racionalismo, portanto).⁷⁹

Não obstante a valorização do empírico, percebe-se uma preponderância da razão, tanto em Galileu quanto em Leonardo da Vinci, segundo o qual "nenhum efeito está na natureza sem razão; preste atenção à razão e não terás necessidade de experiência".⁸⁰ Na verdade, Da Vinci defende um processo circular de conhecimento que parte da razão para os fenômenos e destes para a razão novamente.

Essa maneira de conceber-se o conhecimento durante todo o Renascimento, ocorre na relação entre o ideal e o real – nítida influência de Platão, portanto – e, com Galileu e Da Vinci ambos são conciliados, ainda que neles se priorize a razão em detrimento do empírico – o que significa, justamente, priorizar o ideal em relação ao mundo dos fatos.

Em virtude de ser um período que se volta ao homem, valorizando-o e enaltecendo-o, há uma significativa preocupação com a esfera privada e moral do indivíduo – daí o retorno às filosofias pagãs da antiguidade⁸¹, como a estóica⁸² e epicurista⁸³.

⁷⁹Cabe ressaltar que, como período de transição e extremamente complexo, o Renascimento, embora abra toda uma nova perspectiva racionalista e empirista de conhecimento, ainda está bastante apegado à magia – empirismo e magia se mesclam: "[...] o mundo da experiência não apenas se avizinha do mundo do milagre, como ambos se sobrepõem e se interpenetram sem cessar. Toda atmosfera dessa 'ciência' da natureza está plena e saturada de milagres" (CASSIRER, op. cit., p.248/249).

⁸⁰Leonardo, Cód. Atlant., fol. 147 v. apud CASSIRER, op. cit., p.273-274.

⁸¹Quase todas as escolas filosóficas antigas são representadas no Renascimento: o platonismo, o aristotelismo, o estoicismo, o epicurismo, o ceticismo e o ecletismo. Cabe ressaltar que o aristotelismo do Renascimento retoma "um" Aristóteles diferente da escolástica, contrariando as interpretações tomista-cristãs.

⁸²O estoicismo é fundado numa preocupação eminente com a vida moral e individual do homem – apenas a virtude é importante e traz felicidade. Os estóicos são deterministas e acreditam

Embora ainda cristã, a Europa passa por um contínuo processo de dessacralização do mundo, ou melhor, de secularização. Uma das razões para isto é a intensa turbulência religiosa que marca esta época. A Igreja Católica perde sua hegemonia, na medida em que a Reforma⁸⁴ impõe cada vez mais seus efeitos nas mentalidades. O luteranismo, anglicanismo, calvinismo se expandem por toda Europa dando origem ao movimento da Contra-Reforma e início a um período de intermináveis guerras religiosas.

Antes a hegemônica autoridade papal solucionava os impasses entre os problemas seculares. Após esse grande cisma religioso, são os poderes seculares que solucionam as divergências religiosas. A moderação das guerras na Idade Média conferida pela arbitragem papal já não existe mais e um novo instrumento apaziguador deve ser buscado.

Já que não existe mais unidade religiosa, esse instrumento deve ser procurado na esfera secular e será identificado exatamente com o direito, que conseqüentemente sofrerá um forte processo de laicização – em meio à efervescência que a Europa passava, em razão das disputas religiosas entre católicos e protestantes, decorrente

que as coisas acontecem independentemente das ações. Há uma preocupação excessiva com a moral e um desprezo em relação ao direito. A justiça, por sua vez, é reduzida à virtude subjetiva moral do indivíduo. O primeiro preceito da moral estoica é viver conforme a natureza. Esta para eles é a força que move o mundo, os corpos, desenvolvendo-os e os unindo. Em todos os seres existe uma parcela de *logos*, que em estado puro encontra-se nos deuses. No estoicismo o direito procede da natureza, mas da natureza do homem, da reta razão presente nas almas dos homens e não da natureza cósmica, como em Aristóteles – a razão estabelecida no espírito humano traz a lei. O estoicismo também separa o homem dos demais seres, por ser dotado de razão.

⁸³O epicurismo é centrado na valorização da conduta moral individual. Para eles não há providência divina ou inteligência superior que oriente a formação dos mundos. Há apenas a matéria. Louva-se o prazer e a ausência de dores e preocupações – a finalidade da conduta moral é o prazer e, portanto, a justiça torna-se um instrumento para atingi-lo.

⁸⁴Embora a Reforma e o Renascimento tenham muitos de seus fundamentos opostos – este enaltece o potencial humano, acredita na razão e na atividade humana, enquanto aquela afirma a inferioridade do homem, principalmente em face de Deus e acredita na corrupção da razão e da vontade humana pelo pecado original – no fundo, ambos tem o mesmo espírito animador: a aversão contra a Igreja católica e sua doutrina (HUMBERTO, Padovani; CASTAGNOLA, Luis. **História da filosofia**. 6.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1977. p.225).

da Reforma e da Contra-reforma, apenas um direito profano, dessacralizado poderia impor regras comuns.

O enfraquecimento do poder papal em razão das consequências da Reforma, a evolução social e do comércio estimulam uma progressiva centralização do poder político. O Estado se fortalece e com isso o direito nacional afirma sua soberania em relação ao direito comum. Ocorre, como afirma Antônio Manuel Hespanha⁸⁵, um crescente processo de codificação dos costumes, que terá um duplo efeito: centralização do poder e atendimento aos interesses dos burgueses ansiosos por um direito mais estável e previsível.

Como já se afirmou anteriormente, dissemina-se a idéia pelos humanistas de simplificação do direito – o saber jurídico passa por uma verdadeira metamorfose, pois as transformações nos ambientes culturais, artísticos e filosóficos atingem o direito.

O humanismo jurídico retoma os textos da Antiguidade Clássica, relendo as filosofias individualistas e morais com uma perspectiva jurídica. O direito romano-justianeus transforma-se em mera fonte doutrinária, de interesse histórico-filológico. Na verdade, os humanistas vão fazer uma depuração histórica dos textos jurídicos romanos, buscando com isso o que eles consideram como o verdadeiro direito romano clássico, seu sentido primitivo, tendo em vista o desprezo à leitura feita no período sapiencial. As figuras criadas pelos Comentadores serão utilizadas apenas na medida em que sejam adequados – para além disso, serão criadas figuras novas pelo chamado *usus modernus Pandectarum* (uso moderno das Pandectas).

Recriou-se o direito romano, como afirma Antonio Manuel Hespanha, em moldes racionalistas, "[...] um direito romano sistematizável e redutível a dois ou três princípios racionais adaptados à mundividência da época" com um conteúdo "redutível à meia dúzia de princípios racionais, dos quais os humanistas destacavam

⁸⁵HESPANHA, **Cultura...**, p.181/182.

os de *neminem laedere* (não prejudicar ninguém) e de *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser respeitados)."⁸⁶

A nova meta dos que se preocupam com o direito será a unificação e elaboração sistemática dos seus conteúdos. Buscar-se-á construir sistemas jurídicos gerais, estruturados em princípios organizados logicamente, a partir dos quais o direito é construído e as soluções jurídicas encontradas de forma dedutiva. Assim, o método da dialética aristotélico-tomista é substituído pelo método do raciocínio dedutivo. Verifica-se aí a influência do idealismo platônico, pois o direito não mais é identificado nos fatos, mas sim a partir de axiomas pré-fixados.

Ocorre também uma valorização do direito natural, mas um direito natural totalmente diferente do direito natural clássico. Trata-se do jusracionalismo, ou jusnaturalismo moderno, a partir do qual o direito é identificado na razão, essência da natureza humana.

Como se pode observar, a filosofia estendeu suas influências para o direito. O estoicismo principalmente será uma fonte para a construção de uma nova compreensão do direito. Apesar desta filosofia preocupar-se com a esfera individual moral do indivíduo e conferir ao direito um papel irrelevante, o Renascimento vai apreender esta filosofia traduzindo seus preceitos para o direito. É o que faz Hugo Grócio (1583-1645)⁸⁷, autor contaminado pelo humanismo, que bebendo das fontes da filosofia clássica construiu uma nova teoria das fontes do direito e se tornou um dos autores mais importantes da construção do direito moderno.

⁸⁶HESPAÑA, **Cultura...**, p.189.

⁸⁷Esse autor é um dos fundadores da Escola de Direito Natural. Como afirma Pietro Costa, ele é o primeiro anel do jusnaturalismo moderno (COSTA, op. cit., p.143). Apesar disso, Michel Villey o acusa de ser um verdadeiro deformador do direito natural (VILLEY, **A formação...**, p.672). Na verdade, Grócio continua extraindo o direito da natureza, todavia, não mais da natureza das coisas, mas sim da natureza do homem. Isso para Villey corresponde a uma verdadeira deformação da idéia original de direito natural, cujo cerne central está exatamente na noção de que o direito é extraído da ordem natural das coisas, da natureza externa das coisas.

Esse autor, extremamente preocupado com as questões de seu tempo, procura construir uma teoria que atenda às necessidades pragmáticas. Contemporâneo ao período do cisma da Igreja Católica e das guerras religiosas, Grócio parte em busca de um direito profano, secularizado que possa ser apreendido por todos os povos e por todas as religiões (processo de laicização do direito) – um direito da humanidade com vigência geral. Trata-se do Direito Natural, eterno, imutável⁸⁸, o mesmo em todo mundo, independentemente dos costumes e dos fatos, uma vez que sua origem está na razão humana.

Fortemente influenciado pela filosofia estóica⁸⁹, identificou no homem, ou melhor, na natureza humana e na razão, a verdadeira fonte do direito. Para ele: "[...] o justo só pode estar no homem e sua fonte também está no homem, na sua razão, já que a razão é a essência da natureza humana".⁹⁰ Assim, para o autor, os primeiros princípios de direito são aqueles inscritos como regras morais na consciência

⁸⁸Uma de suas afirmações mais marcantes decorre exatamente da sua crença na eternidade e imutabilidade do direito natural e de sua conseqüente independência em relação a Deus: "O direito natural é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. Por mais imenso que seja o poder de Deus, podemos dizer que há coisas que ele não abrange porque aquelas de que fazemos alusão não podem ser senão enunciadas, mas não possuem nenhum sentido que exprima uma realidade e são contraditórias entre si. Do mesmo modo, portanto, que Deus não poderia fazer com que dois mais dois não fossem quatro, de igual modo ele não pode impedir que aquilo que é essencialmente mau não seja mau." (GRÓCIO, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. v.1. p.81). Isso não quer dizer que Grócio exclua Deus do Direito. Ainda que Grócio seja responsável pelo processo de laicização do direito, existe nele ainda uma forte influência cristã – ele não abre mão de Deus e da interferência deste nas fontes do direito. Tanto que na sua definição de direito natural ele coloca Deus como o autor da natureza e o responsável por ter dotado o homem da razão que lhe torna capaz de discernir o certo e o errado. Nas suas palavras: "Direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena." (p.79).

⁸⁹Como homem do seu tempo, Hugo Grócio não expressa apenas a influência humanista das filosofias antigas clássicas. Em toda sua obra pode-se observar um misto de fontes nas quais Grócio bebeu para formular a sua própria teoria das fontes do direito. Verifica-se, então, fortes traços da Sagrada Escritura, de autoridades importantes da escolástica espanhola, bem como do direito romano.

⁹⁰VILLEY, **A formação...**, p.651.

humana. Há, dessa forma, uma simbiose muito forte entre moral e direito – este nasce como regras destinadas a conduzir uma conduta moral do indivíduo.

Percebe-se, assim, que o direito para esse autor se refere à pessoa, sendo uma qualidade moral desta, uma dimensão do sujeito que lhe permite fazer ou possuir algo, havendo, portanto, uma nítida ruptura com a lógica medieval, segundo a qual o direito identificava-se na coisa. Conforme Grócio, o direito parte do sujeito, é algo inerente ao seu ser, identifica-se com um poder (*potestas*), que confere a este uma posição ativa, uma legítima pretensão. Seu conteúdo é uma faculdade (*facultas*), um poder dispositivo que o sujeito exercita em nome da sua liberdade e que pode ser exercitado sobre as coisas e sobre a pessoa – é um direito próprio ou estritamente dito.

Extraídas da razão⁹¹, as regras, então, não decorrem dos fatos – elas estão acima destes e são universalmente válidas. A lei comum, inscrita no homem vale, independentemente de valores e costumes particulares.

Assim, ao contrário da filosofia clássica aristotélica, para Grócio os fatos é que se adaptam ao direito e não o direito que emerge dos fatos – o direito não é extraído dos fatos, mas é deduzido da moral implícita na razão. Por consequência, para o autor, o jurista terá apenas a função de deduzir das regras morais o direito para regular a situação dada – não há, mais, pois, a idéia de que o jurista tem um papel ativo na sociedade, uma tarefa útil de buscar a justiça, distribuindo o que cabe a cada parte. Dessa forma, ao mesmo tempo em que o direito se une à moral, ele se afasta da justiça (pelo menos da justiça segundo a concepção clássica – justiça distributiva) e da realidade concreta, tornando-se pura abstração, pois decorrente, por dedução, de uma máxima indiscutível contida na razão.

Percebe-se, assim, que a construção da idéia dos direitos subjetivos teve em Grócio uma importante alavanca, pois, além de fundamentá-los racionalmente,

⁹¹Cabe ressaltar que a razão afirmada por Grócio é ainda uma razão cristianizada, decorrente da união entre cristianismo e humanismo.

conferiu-lhes contornos determináveis, rigorosamente exigíveis. Como afirma Michel Villey "Seu sistema dos direitos subjetivos é [...] produto de um espírito pragmático, que soube explorar de forma genial, tendo em vista os fins temporais perseguidos pela sociedade de seu tempo."⁹²

Se Ockham foi responsável pela formação do embrião dos direitos subjetivos, Grócio o tornará um feto formado e pronto para ser alimentado por diversos filósofos ao longo da Modernidade, como Hobbes, Locke, e Kant, que prosseguiriam na busca pela fundamentação desses direitos, os quais ao longo das construções teóricas serão cada vez mais relacionados com o homem e sua "natureza humana".

Com Grócio o direito moderno tomou suas primeiras formas mais nítidas, com a valorização do sujeito como fonte do direito, com o destaque da razão, do método dedutivo e da abstração.

Contemporâneo a esse jurista de fundamental importância para o direito moderno foi o filósofo René Descartes, grande responsável pela formulação de toda filosofia moderna e pela compreensão do mundo e do homem que se tem até hoje. O direito moderno definitivamente não seria o mesmo sem Hugo Grócio e sem a filosofia dualista cartesiana. A abstração das categorias modernas deveu-se muito ao pensamento de Descartes, e por esta razão sua análise é imprescindível para o presente trabalho.

2.2 RENÉ DESCARTES: A SUBJETIVIDADE E A CIÊNCIA MODERNAS ADQUIREM SEUS CONTORNOS

O homem aos poucos, então, vai-se tornando o sujeito moderno, este ente dotado de interioridade e exterioridade, vestido de direitos e preenchido pela moral, direcionado pelo espírito, pela razão, muito embora ainda contido em sua corporeidade, cada vez mais desprezada. Para moldar este homem num sujeito, ou melhor, num

⁹²VILLEY, **A formação...**, p.672.

sujeito pensante, a filosofia de René Descartes (1596-1650), como já se disse, é tida como uma das mais fundamentais.

Esse autor é reconhecido como a fonte de onde bebeu toda a filosofia moderna. Foi ele, na verdade, o pensador que colocou o sujeito como protagonista no palco do mundo e no ato de conhecer. Por destacar o sujeito pensante, formulador das idéias, do mundo das coisas, simbolizou de uma vez por todas o rompimento com o pensamento reincentrista medieval, focado no mundo das coisas, onde o sujeito era apenas mais uma parte de um todo que funcionava de acordo com as forças da natureza. Descartes inverte o pensamento medieval e "vai inequivocamente das idéias para as coisas e não mais das coisas para as idéias".⁹³ A verdade está no espírito que apreende a coisa e não nesta.

Em Descartes, são as forças da consciência que determinam as coisas, pois até mesmo a existência destas está condicionado ao pensamento do ser consciente – algo totalmente impensável no mundo medieval onde o homem estava tão subordinado às forças da natureza e dos acontecimentos, ou seja, das coisas.

O cartesianismo⁹⁴ e o mecanicismo influenciarão todo o modo de pensar moderno. Com este filósofo a razão torna-se não apenas o meio de se conhecer, mas a condição de existência do homem: "[...] razão [...] é a única coisa que nos faz homens e nos distingue dos animais [...]"⁹⁵. Sua célebre frase, mais famosa talvez que o próprio autor, "Penso, logo existo", traduz as bases de toda a sua filosofia e conseqüentemente os alicerces da subjetividade moderna.

⁹³SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002. p.62.

⁹⁴Para Ferdinand Alquié, há três tipos de cartesianismo: "[...] um cartesianismo metodológico, que consiste em só ficarmos na evidência racional, um cartesianismo científico, que se confunde com mecanicismo, um cartesianismo metafísico, que considera a existência do nosso pensamento como nossa primeira certeza." (ALQUIÉ, Ferdinand. **Galileu e o mecanicismo**. Lisboa: Gradiva, 1987. p.17).

⁹⁵DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2005. p.38.

Descartes é fortemente influenciado pelas transformações ocorridas desde o fim da Idade Média, com o Renascimento, a Reforma protestante, a centralização do poder, o progresso científico (com a afirmação da ciência moderna). Como se viu, a partir dos séculos XV e XVI há uma nova forma de se compreender o mundo e o próprio homem. A crença nas capacidades humanas, a secularização no conhecimento e as descobertas científicas trazem uma nova lente para se traduzir a realidade – o fundamento do mundo não é mais buscado em causas transcendentais, no cosmos ou em Deus, mas no próprio homem e em sua consciência⁹⁶.

E parece ser exatamente a busca dessas novas lentes que determinará a postura de Descartes como pensador. Este autor tenta romper com todo o conhecimento e formas de conhecer que até então haviam se formado. Como expõem Giovanni Reale e Dario Antiseri, Descartes queria construir um edifício filosófico firmado em bases novas, autônomas e por isso, assumia uma postura não de mestre, mas de descobridor, explorador.⁹⁷

Uma das marcas do pensamento de Descartes é justamente transpor para todo conhecimento o raciocínio matemático, pois para ele este é o único que conduz à certeza e à verdade.⁹⁸ Ele propõe, então, substituir a incerteza e o dogmatismo da ciência da Idade Média por uma nova ciência questionadora e fundada numa certeza matemática.

Ele pretende elaborar o caminho para uma ciência universal, com novos fundamentos, baseada em princípios indubitáveis. Assim, na medida em que se volta

⁹⁶Descartes mantém a crença em Deus, mas ao afirmar a sua onipotência não diminui a importância, a capacidade e a centralidade do homem. A existência de Deus é demonstrada pela própria capacidade de pensar do homem. Como bem expõem Giovanni Reale e Dario Asteri: "A idéia de Deus em nós, como marca do artesão em sua obra, é utilizada para defender a positividade da realização humana; do ponto de vista do poder cognoscitivo, a sua natural capacidade de conhecer o verdadeiro; e no que se refere ao mundo, a imutabilidade de suas leis." (REALE, Giovanni; ASTISERI, Dario. **História da filosofia**. 4.ed. São Paulo: Paulus, 1990. v.2. p.373).

⁹⁷REALE e ASTISERI, op. cit., p.350.

⁹⁸DESCARTES, **Discurso...**, p.55.

à busca de verdades eternas (a descoberta da essência das coisas), Descartes apresenta uma significativa preocupação com questões da Metafísica⁹⁹ (que para ele corresponde exatamente ao conhecimento que está para além do mundo das coisas).

Para alcançar essas verdades eternas, Descartes recorre à elaboração de um novo método do processo de conhecer¹⁰⁰ – entendendo por método o conjunto de regras que, se observadas, permitem a distinção do falso e do verdadeiro. Assim o autor vem a formular uma das suas principais obras, "Discurso do método", escrita propositalmente em língua vulgar para estimular o uso público da razão, livre do pedantismo da academia, dos muros das universidades e do dogmatismo.

Para Descartes, todos os homens são dotados de razão e esta é formalmente igual em todos, o que difere apenas é o modo de aplicá-la, devido a influências de religião, costumes etc.¹⁰¹. Para que a ciência possa se constituir, então, como conhecimento único e verdadeiro, é fundamental que se homogenize a forma de utilização da razão, o que pode ser então viabilizado pelo método, que deve poder ser utilizado por todo e qualquer indivíduo disposto a fazer uso de sua razão, livre de preconceitos e opiniões, e a buscar a verdade.

⁹⁹Descartes tenta demonstrar como questões metafísicas como a existência de Deus e a imortalidade da alma podem ser provadas pelo mero pensamento. Provando que as idéias que não provêm dos sentidos são mais verdadeiras do que aquelas que procedem das sensações, Descartes procura provar a idéia de Deus – não é preciso senti-lo para se saber que ele existe, pois a idéia que se tem de sua existência basta. Se se tem a idéia de perfeição é porque de alguma causa externa a nós esta idéia proveio, pois se somos imperfeitos de nós ela não poderia ter surgido. Portanto, ela vem de uma causa externa e perfeita que é Deus – a idéia da existência de Deus provém do próprio Deus que em nós a colocou, o que prova, portanto, a sua existência (DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. Introdução e notas Homero Santiago; trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; trad. dos textos introdutórios Homero Santiago. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005).

¹⁰⁰A preocupação com a formulação de um método para o processo do conhecer demonstra em Descartes, uma maior preocupação com a forma de conhecer do que com o conteúdo do conhecimento.

¹⁰¹DESCARTES, **Discurso...**, p.37.

A primeira regra deste método, então, é, justamente, duvidar de tudo¹⁰² (o ponto de partida da metafísica é a dúvida), considerar falso tudo o que se apresenta apenas como verossímil – nada deve ser tomado como verdadeiro antes de passar pelo crivo da razão.¹⁰³ Os sentidos enganam e para que se apreenda a verdade, que está na compreensão clara e distinta das coisas, o espírito deve desprender-se das influências sensoriais.

Para Descartes a evidência material das coisas não significa maior possibilidade de entendê-las e de encontrar sua verdade. Segundo o autor, por estarem suscetíveis de serem apreendidas pelos sentidos estão ao mesmo tempo suscetíveis ao erro.¹⁰⁴

A segunda regra consiste em dividir as dificuldades em parcelas mais fáceis de serem apreendidas e examinadas. Por terceiro, conduzir o pensamento em ordem crescente de complexidade, sempre partindo do mais fácil para o mais difícil. Por fim, fazer enumerações e revisões de modo a nada omitir, tendo em conta todas as objeções possíveis.

Por julgar que todos estão sujeitos a errar, Descartes rejeita tudo o que até então aprendera como falso. E assim, ao pensar que tudo era falso, ao duvidar de tudo o que existia, concluíam-se que para que isso ocorresse era necessário pressupor que o que pensava fosse algo. Sendo assim, para se pensar é necessário

¹⁰²Cabe ressaltar que este duvidar não equivale ao duvidar cético, que é o duvidar pelo duvidar, mas corresponde sim a um meio, um método com um fim determinado que é atingir a verdade.

¹⁰³DESCARTES, **Discurso...**, p.54.

¹⁰⁴"[...] talvez não concluamos mal se dissermos que a física, a astronomia, a medicina e todas as outras ciências que dependem de consideração das coisas compostas são muito duvidosas e incertas, mas que a aritmética, a geometria e as outras ciências dessa natureza, que só tratam de coisas muito simples e muito gerais, sem se preocuparem muito com se elas estão na natureza ou se não estão, contém algo de certo e indubitável. Pois, esteja eu acordado ou dormindo, dois e três juntos sempre formarão o número cinco e o quadrado nunca terá mais de quatro lados; e não me parece possível que verdades tão aparentes possam ser suspeitas de alguma falsidade ou incerteza [...] todas as coisas exteriores que vemos não passam de ilusões e enganos de que se serve para surpreender minha credulidade" (DESCARTES, **Meditações...**, p.35).

existir – conseqüentemente, tem-se o que Descartes chamará de a primeira verdade da filosofia: "*Penso, logo existo*". Como afirma o autor,

[...] vendo que eu podia fingir que não tinha corpo algum e que não havia mundo algum ou lugar onde estivesse, mas nem por isso podia fingir que eu não existia; e que, ao contrário, do fato mesmo de pensar em duvidar da verdade das outras coisas seguia-se muito evidentemente e certamente que eu existia; ao passo que, se tivesse parado de pensar, ainda que o resto do que imaginara fosse verdadeiro, eu não teria razão de crer que tivesse existido, compreendi assim que eu era uma substância cuja essência ou natureza consistem apenas em pensar, e que, para ser, não tem necessidade de nenhum lugar nem depende de coisa material alguma. De modo que esse eu, isto é, a alma pela qual sou, é inteiramente distinta do corpo, sendo inclusive mais fácil de conhecer do que ele, e, ainda que ele não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é.¹⁰⁵

Nessa pequena citação tem-se um dos cernes de toda a filosofia de Descartes, o idealismo, ou seja, o primado do pensamento sobre qualquer objeto conhecido (nada existe se eu não os penso) e seu dualismo corpo e alma, traduzido na concepção de que espírito e matéria são duas coisas completamente dissociadas e totalmente independentes um do outro.¹⁰⁶ Este seu dualismo marcará o modo de pensar moderno e muitas das suas instituições, como o direito.

A alma é consciência pura, é ela que pensa e se o pensar demonstra a existência, esta fica reduzida ao pensar, e o homem reduzido, portanto à razão. Nas palavras de Descartes: "[...] não sou [...] senão uma coisa que pensa, ou seja, um espírito, um entendimento ou uma razão [...]. Ora, eu sou uma coisa verdadeira e verdadeiramente existente; mas que coisa? Disse-o: uma coisa que pensa."¹⁰⁷

¹⁰⁵DESCARTES, **Discurso...**, p.70.

¹⁰⁶"[...] o corpo humano [...] é formado e composto apenas de uma certa configuração de membros e outros acidentes semelhantes; e a alma humana, pelo contrário, não é assim composta de quaisquer acidentes, mas é uma pura substância. Pois, ainda que todos seus acidentes mudem-se [...] é contudo sempre a mesma alma [...]" (DESCARTES, **Meditações...**, p.27).

¹⁰⁷DESCARTES, **Meditações...**, p.46.

Enquanto o homem, o sujeito, é reduzido ao pensar, a esta "coisa pensante", como se refere Descartes, o corpo para o autor é tido como "[...] tudo o que pode ser delimitado por uma figura [...] compreendido em um lugar e preencher um espaço."¹⁰⁸ Descartes concebe-o como uma verdadeira máquina, na medida em que seu funcionamento ocorre, à sua semelhança, de forma mecânica. Para Descartes, "nada mais há na criatura viva do que no autômato."¹⁰⁹

O corpo do homem é uma máquina construída por Deus e, portanto, sendo este o Ser mais perfeito, o homem corresponde a uma máquina superior às máquinas por ele mesmo criadas (mas ainda que superior, não deixa de ser uma máquina). Há também uma superioridade do homem-máquina em relação aos animais, uma vez que estes são apenas corpo, enquanto o homem foi por Deus também constituído de alma.¹¹⁰

O homem é, dessa maneira, a composição de corpo – substância material, divisível e extensa (*res extensa*) – e alma – substância imaterial, indivisível e pensante (*res cogitans*). A união de ambos se dá, segundo Descartes, na glândula pineal, e por esta união ocorre a influência da alma nos processos do corpo.¹¹¹

Posto que a alma e o corpo são distintos, a morte deste não implica necessariamente a morte daquela – a alma é imortal, uma vez que não há causa que a destrua. A morte do corpo, por sua vez, não ocorre pela falta da alma, mas porque uma de suas partes está corrompida. Para Descartes, o que difere um corpo vivo de um corpo morto é o mesmo que difere um relógio que funciona de um outro quebrado.¹¹²

¹⁰⁸DESCARTES, **Meditações**..., p.45.

¹⁰⁹ALQUIÉ, op. cit., p.37.

¹¹⁰DESCARTES, **Discurso**..., p.95-96.

¹¹¹DESCARTES, **Meditações**..., p.132.

¹¹²DESCARTES, René. **Paixões da alma**. Introdução, notas, bibliografia e cronologia por Pascale D'Arcy; trad. Rosemary Costhek Abílio. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.31.

A vida para Descartes é como um fogo, um calor contínuo que existe no coração, alimentado pelo sangue que corre nas veias. Para o autor, "[...] esse fogo é o princípio corporal de todos os movimentos de nossos membros."¹¹³ Segundo Descartes, portanto, não é a ausência da alma que cessa os movimentos, mas a ausência deste calor natural, que impede o movimento, ou seja, a ausência de vida no corpo que acarreta a ausência da alma.

Os organismos (o corpo do homem, os animais, os vegetais) transformados em máquinas são reduzidos a processos mecânicos (matematizados) excluindo-se deles o princípio vital. A vida é em Descartes "reduzível a uma espécie de entidade material, isto é, a elementos sutilíssimos e puríssimos, que, levados do coração ao cérebro por meio do sangue, se difundem por todo o corpo e presidem às principais funções do organismo".¹¹⁴

Como afirma o próprio autor em sua obra "Tratado sobre o homem":

Suponho que o corpo nada mais seja do que uma estátua ou uma máquina de terra, formada expressamente por Deus para torná-la o mais possível semelhante a nós e que, portanto, [...] imite todas aquelas funções que se podem imaginar procederem da matéria e dependerem exclusivamente das disposições dos órgãos. Peço-lhes considerarem que nessa máquina tais funções derivam de modo inteiramente natural da simples disposição dos seus órgãos, nem mais nem menos que os movimentos de um relógio ou de qualquer outro autômato também derivam de seus contrapesos e suas rodas. Desse modo não se deve conceber para eles nessa máquina nenhuma alma vegetativa nem sensorial, nem qualquer outro princípio de movimento e de vida, além do seu sangue e dos seus espíritos¹¹⁵

Essa noção decorre do mecanicismo, filosofia que tem em Descartes um de seus fundadores e que concebe o universo e os fenômenos como suscetíveis de serem explicados por leis dos movimentos materiais, marcando assim a transformação

¹¹³DESCARTES, **Paixões...**, p.32.

¹¹⁴REALE e ASTISERI, op. cit., p.379.

¹¹⁵Apud REALE e ASTISERI, op. cit., p.380.

da idéia de cosmos para a idéia de universo¹¹⁶. O mecanicismo torna o mundo matematizado, quantificável, calculável e unifica a realidade a partir de um modelo mecânico apreensível pelo homem. A compreensão do mundo natural é, portanto, simplificada à compreensão do funcionamento de um relógio, por exemplo, em que o todo depende do funcionamento das partes, das engrenagens entre si. A partir desta imagem mecânica do mundo a vida parece anômala, algo estranho: "Se a matéria física é regida por um determinismo inflexível, como explicar a variedade, a multiplicidade e a imprevisibilidade da organização e do comportamento dos seres vivos, sempre sujeitos a circunstâncias fortuitas, sempre submetidos ao acaso dos encontros?"¹¹⁷

Percebe-se, então, que se inicia com Descartes, seu dualismo e mecanicismo, a dificuldade do pensamento moderno e, conseqüentemente, do direito moderno relacionarem-se com a vida, pois o homem e a natureza pensados como máquinas, afasta uma indagação mais efetiva sobre a vida. Assim, "[...] as distinções fundamentais para a nossa modernidade, entre matéria, vida e pensamento, foram decorrentes da constituição maquínica do mundo natural."¹¹⁸

Uma vez que a *res cogitans* é distinta do mundo corpóreo, pode-se notar que esta idéia instrumentalizada da natureza¹¹⁹ decorre também da separação entre

¹¹⁶Como bem expõe Alquié: "É eliminada a representação de corpos celestes imutáveis e incorruptíveis que todas as cosmologias antigas e medievais, salvo algumas raras exceções, tinha por uma verdade primeira. Sobretudo, a idéia de uma hierarquia das essências é substituída pela de uma matéria homogênea e a concepção de uma causalidade física, de ser individual para ser individual, pela de uma necessidade racional expressa num sistema conceptual de leis. A astrologia [...] e a magia natural [...] foram totalmente desqualificadas no universo mecanicista [...]. O cosmo, essa hierarquia ontológica fechada, desapareceu na altura da 'revolução mecanicista', em proveito de um mundo indefinidamente aberto e regido em toda a parte pelas mesmas leis." (ALQUIÉ, op. cit., p.64-65).

¹¹⁷OLIVEIRA, Luiz Alberto. Biontes, Bióides e Borgues. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.141.

¹¹⁸OLIVEIRA, op. cit., p.142.

¹¹⁹Em Descartes a natureza não é tida como uma deusa, não havendo nela forças e segredos ocultos (choque com a concepção de Aristóteles, portanto). A natureza para o autor é um objeto tecnicamente definido, um espaço homogêneo, que se apresenta ao espírito e que uma vez estudado pode ser dominado e manipulado a serviço do homem. Simplifica-se a idéia de natureza para melhor poder dominá-la.

ela e o próprio homem-sujeito (reduzido a *res cogitans*)), que de parte integrante deste todo magnificamente ordenado de uma hierarquia de essências tornou-se sujeito conhecedor de uma totalidade de matéria homogênea determinada por leis possíveis de serem apreendidas pela razão devidamente aplicada.

Tem-se, então, o pensamento de Descartes todo fundado em dualismos – homem e natureza, coisas e idéias, sujeito e objeto, alma e corpo – dualismos que para Descartes funcionavam como instrumentais para interpretar uma realidade que buscava simplificar para torná-la mais facilmente apreensível – uma realidade que se explica por meio das estruturas de pensamento e dispensa a matéria (sendo esta reduzida à extensão e compreendendo-a a partir de leis mecânicas) se torna mais simples e, conseqüentemente, mais manipulável.

A formação da subjetividade moderna e a abstração do homem em sujeito pensante lhe causou uma cisão, separando-o de seu corpo, de sua organicidade, de sua materialidade, de sua concretude e conseqüentemente também de sua realidade. Existir e viver para Descartes parecem duas coisas distintas, na medida em que a existência pertence ao pensamento e o fogo vital que mantém o funcionamento do corpo, pertence apenas a este corpo, separado do sujeito que existe condicionado à sua subjetividade pensante.

Esse foi o início de um processo em que a tentativa de redução da complexidade do mundo acabou reduzindo o homem a ser pensante, a natureza a leis naturais, a ciência à matemática e o conhecimento em instrumento para dominar e tornar a natureza útil à vida e ao bem-estar do homem – Descartes relega aos modernos um mundo dominado pela ciência e pela técnica e em que a vida parece distanciar-se do homem, ou se não, ao menos, com ele se estranhar.

As conseqüências desse processo, iniciado por Descartes e reafirmado por tantos outros filósofos dos quais o pensamento e o direito moderno dependem, são percebidas de maneira dramática principalmente a partir do século XX, em que a crise do paradigma moderno se mostra sem qualquer disfarce, na medida em que o homem se desumaniza, a razão viabiliza ações irracionais, a lei legitima o homicídio

e a vida gera a morte. Todavia isto será assunto para a segunda parte, tendo esta primeira o intuito de demonstrar exatamente todo este processo de abstração do homem em um sujeito racional, reduzido a uma consciência pensante. É a partir da compreensão desta lógica que se terão os instrumentais suficientes para poder desconstruí-la e analisá-la desde uma ótica distinta.

Com Descartes tem-se, então, o início do pensamento moderno e a afirmação do homem como sujeito racional – tem-se, portanto, a formação da idéia de subjetividade, tão cara à modernidade. Não obstante, para a construção histórica do pensamento jurídico moderno, tão importante quanto o conceito de subjetividade – manto que universalizou o indivíduo – é o conceito de cidadão e a justificativa da formação de um poder político centralizado. Por esta razão, qualquer trabalho que se propõe a estudar a formação do pensamento jurídico moderno, não pode prescindir de uma análise, ainda que rasteira, de algumas das principais teorias contratualistas.

2.3 TEORIAS CONTRATUALISTAS: DO ESTADO DE NATUREZA AO ESTADO CIVIL

Como já se viu em item anterior, a transição da Idade Média para a Idade Moderna, foi povoada por novas visões de mundo, do homem e sua relação deste com este mundo e com ele mesmo. Novas teorias surgem para explicar tais relações e dentre estas, teorias que buscam fundamentar a centralização do poder político¹²⁰, a formação de um poder soberano que aos poucos foi sendo exigido pela dinamicidade

¹²⁰O aparecimento de uma nova ordem política centralizada é parte de um processo que pretendeu reduzir todo pluralismo político e jurídico que era típico da sociedade de ordens da Idade Média. Esse processo retirou a autoridade das ordens parcelares (organizações profissionais, Igreja, ordens locais, etc.) e as transferiu para uma ordem centralizada e única [...] o poder é racionalizado e isolado em sua feição política. Percebe-se, assim, a radical separação que ocorre não somente entre os súditos e soberano, ou entre Estado e Sociedade Civil, mas também entre aquilo que se entendia como espaço do privado (que seria o lugar das relações sociais e econômicas) e o espaço do público (que seria o palco das relações políticas), entre autoridades e sociedade, entre política e economia." (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p.46-47).

das relações sociais que se manifestavam com toda expansão do comércio e das descobertas científicas, principalmente a partir do século XV e também em razão da crise político-religiosa que passou a exigir uma redefinição da identidade política do sujeito – surge a necessidade de um novo discurso que desse a ele novas orientações de valores, novos parâmetros e novas bases de condição de legitimidade e funcionamento da ordem política. Estas teorias, então, vão buscar, exatamente, entender a formação de um novo sujeito, o sujeito soberano, e são as responsáveis pela elaboração de uma teoria racional do Estado, reflexo da secularização política conseqüente da crise acima citada.

Dessas teorias que buscam fundamentar e legitimar a formação de um poder político centralizado destacam-se as teorias dos contratualistas. Tais teorias são modernas por excelência, pois estão centradas na idéia de indivíduo e de razão. Isso porque, elas partem do pressuposto de que os homens, como indivíduos, vivem antes da constituição da sociedade civil, num estado de natureza, em que cada um vive conforme sua própria razão – acredita-se no indivíduo e em sua capacidade de se autogovernar e de agir racionalmente. E é por meio desta mesma razão que estes indivíduos em busca de maior segurança, para garantir seus direitos e preservar suas vidas, abdicam de suas paixões, unem-se e decidem, mediante acordo de suas vontades (o contrato ou pacto) formar uma sociedade civil que será governada por uma Lei, formulada pelo soberano, por uma assembléia, ou pelo povo.¹²¹ Verificam-se

¹²¹"[...] *il segreto dell'ordine, del proprio ordine, è la sua capacità di governo, di controllo razionale della propria esistenza, egli può, deve, estendere alla sfera pubblica il proprio schema di comportamento già collaudato nello spazio della sua individuale disciplina [...]. Il governo di sé si prolunga in capacità di governo degli altri così come la virtù e la prudenza, la conoscenza della varietà e fluidità delle cose del mondo, sono necessarie al suddito come al principe: il controllo delle passioni, la capacità di far tesoro dell'esperienza e di dirigerla con la forza della ragione [...].*" Tradução livre de: "O segredo da ordem, da própria ordem, é a capacidade de governo, de controle racional da própria existência, que pode, deve, estender-se à esfera pública o esquema de comportamento já testado no espaço da disciplina individual [...]. O governo de si se prolunga em capacidade de governo dos outros assim como a virtude e a prudência, o conhecimento da variedade e fluidez das coisas do mundo, são necessárias ao súdito como ao príncipe: o controle das paixões, a capacidade de se valorizar a experiência e de dirigi-la com a força da razão." (COSTA, op. cit., p.100-101).

nestas teorias todos os ingredientes fundamentais do pensamento moderno: o indivíduo, a razão, a liberdade, o contrato, a lei e o Estado.

Os contratualistas representam também o jusnaturalismo moderno, pois reafirmam a idéia, já existente desde a Antiguidade e continuada na Idade Média, de Direito Natural, todavia não mais afirmando a fonte deste direito na natureza das coisas, mas sim na natureza humana, ou melhor, na razão do homem, como o fez Hugo Grócio, considerado o pai da Escola do Direito Natural.¹²²

As divergências entre os contratualistas, como Hobbes, Locke e Rousseau são marcantes e serão, dentro das limitações e da intenção deste trabalho, apontadas. Todavia, o que se deve ter em mente é que um elemento fundamental os une: a idéia de um estado natural do homem e neste a condição do homem como indivíduo portador de direitos que lhe são inatos. Tendo em vista este estado de natureza, esses autores são responsáveis pela abstração do homem em relação às condições históricas, pois para acreditarem em leis imutáveis e eternas decorrentes da natureza humana, é pressuposto que prescindam de tudo aquilo que a história e a cultura lhe atribuíram.

Esses autores, em suas teorias concebem a formação do súdito, ou seja, o processo em que o homem como indivíduo é abarcado por uma instituição política e torna-se membro de uma sociedade e súdito em relação a um poder superior (o poder soberano). Para eles, tanto a sociedade quanto o Estado são elaborações artificiais criadas pela razão do indivíduo, que mesmo dotado de direitos a ele inerentes por sua condição humana, procura uma forma de torná-los mais efetivos.

¹²²Como salienta Norberto Bobbio, é nítida a disparidade dos autores que compõem essa escola. Todavia, há algo de muito forte que os une: o método racional, que reduz o direito, a moral e a política, "pela primeira vez na história da reflexão sobre a conduta humana, a uma ciência demonstrativa [...] aquilo que caracteriza o movimento em seu conjunto não é tanto o objeto (a natureza), mas o modo de abordá-lo (a razão), não um princípio ontológico (que pressuporia uma metafísica comum que, de fato, jamais existiu), mas um princípio metodológico." Isto demonstra que a unidade que permite considerar tais autores tão diversos pertencentes a uma escola, a de direito natural, é exatamente a unidade metodológica (BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinha. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1987. p.15-16).

Com a instituição do Estado, em latim *Civitas*, o homem torna-se súdito, ou melhor, torna-se cidadão – súdito dependente de um soberano e pertencente a uma ordem instituída¹²³. Se a subjetividade trabalhada por Descartes já funcionava como uma espécie de universalização do indivíduo, a sua inserção numa lógica política centralizada, implicando um pertencimento a uma instituição (o Estado) e uma sujeição a um poder (o soberano) corresponde a mais uma generalização do homem, agora, na figura do súdito-cidadão: todos estão vinculados ao soberano, do mais pobre ao mais nobre, independentemente de sue *status*.¹²⁴

Mas esta cidadania corresponde a uma cidadania em novos moldes, diferente daquela existente na Idade Média¹²⁵, que indicava o pertencimento, o vínculo do

¹²³"È cittadino quel soggetto che, in quanto incluso (quale che sia la sua condizione) nella zona di influenza di un sovrano, si differenzia da qualsiasi altro che, in quanto escluso da quella zona, si definisce essenzialmente come non cittadino, come straniero." Tradução livre de: "É cidadão o sujeito que, como incluído (independente da sua condição) na zona de influência de um soberano, diferencia-se de qualquer outro que, como excluído daquela zona, define-se essencialmente como não cidadão, como estrangeiro." (COSTA, op. cit., p.76).

¹²⁴"[...] al di là delle diversità di status, la relazione di sudditanza-cittadinanza sembra proporsi, con la sua forza inclusiva ed attrattiva, come il principale parametro dell'unità sociale." Tradução livre de: "Para além da diversidade de *status*, a relação de súdito-cidadania parece se propor, com sua força inclusiva e atrativa, como o principal parâmetro da unidade social" (COSTA, op. cit., p.78).

¹²⁵"L'immagine medioevale della cittadinanza rinvia dunque ad una molteplicità differenziata di soggetti che, valorizzati e legittimati nella pluralità delle loro posizioni sociali, trovano nella concordia, nella pace, nell'amor patriae gli strumenti simbolici di celebrazione della comunità e della sua unità." Tradução livre de: "A imagem medieval da cidadania se liga a uma multiplicidade diferenciada de sujeitos que, valorizados e legitimados em sua pluralidade de suas posições sociais, encontram-na concórdia, na paz, no amor à pátria os instrumentos simbólicos de celebração da comunidade e da sua unidade" (COSTA, op. cit., p.23). Essa nova cidadania que surge da relação de dependência do súdito e do soberano é uma cidadania geral, que todos os súditos possuem em relação ao soberano. A enunciação de um novo discurso de cidadania já havia sido iniciado por Jean Bodin, um dos primeiros teóricos do poder soberano, pois foi justamente com a noção de soberania e com a introdução da cidadania como relação de obediência-proteção soberana que a posição do sujeito muda de foco: da diversidade dos *status* à unidade da sociedade composta por indivíduos iguais: "[...] l'individuo, che comincia ad emergere in Bodin come 'soggetto' proprio nel momento in cui viene preso in considerazione come 'suddito'. Certo, l'identità politico-giuridica del soggetto è per Bodin in sostanza l'altra faccia della sovranità." Tradução livre de: "[...] o indivíduo que começa a emergir em Bodin como 'sujeito' exatamente no momento em que vem assumido como 'súdito'. Assim, a identidade político-jurídica do sujeito é para Bodin em substância a outra face da soberania." (p.98).

homem a uma cidade e as suas relações de privilégio. A cidadania não era uma, mas múltipla, dependendo das várias condições subjetivas e de hierarquia – o conteúdo que conferia cidadania era variável, justamente porque não existia o sujeito, mas sim uma multiplicidade de condições subjetivas. Com a modernidade emerge aos poucos o Sujeito, e para ele é fundamentada uma nova cidadania, a cidadania que nasce da relação súdito-soberano e em que a idéia de sujeição prevalece à concepção de pertencimento.

Para se compreender bem as teorias contratualistas e a influência que elas tiveram no direito moderno, a presente pesquisa elegeu três grandes autores: Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jen-Jacques Rousseau (1712-1778).

Para Thomas Hobbes, no estado de natureza os homens vivem num estado de guerra permanente; guerra de todos contra todos¹²⁶. Na medida em que a natureza fez todos os homens iguais e livres, no estado de natureza, todos têm direito a tudo e por isso a força impera sobre a paz e não há sociedade, mas sim uma constante insegurança e ameaça de morte. Não há bem ou mal, justiça ou injustiça, e diferença entre o *meu* e o *teu* (ou seja, não há propriedade), pois não há lei que assim determine uma vez que, para Hobbes, tais são qualidades que pertencem ao homem em sociedade. No estado de natureza todos agem de acordo com sua própria razão e possuem a liberdade de usar seu próprio poder para a preservação de sua vida (esta liberdade é para o autor o direito natural em si)¹²⁷. Para Locke, em sua condição natural, os homens também são dotados de plena igualdade e liberdade, embora tal estado não corresponda a uma permissividade absoluta, uma vez que ninguém pode lesar o outro em sua vida, saúde e liberdade – vige o princípio da

¹²⁶HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006. p.97-98.

¹²⁷Para Hobbes o direito natural corresponde à liberdade de usar o próprio poder como bem se quiser para a conservação da vida, tendo por liberdade a ausência de impedimentos externos. (HOBBS, op. cit., p.101-102).

autoconservação da humanidade (para o autor o Direito Natural¹²⁸ ordena a paz entre os homens e a conservação da humanidade). Em Rousseau a liberdade é algo inerente à natureza do homem sendo a primeira lei que conduz a sua própria conservação. Ao contrário de Hobbes, acredita que o homem em seu estado de natureza é um modelo de bondade e felicidade e que a cultura, a civilização que o contamina. Este autor diverge também de Locke, uma vez que para ele a propriedade não era sinônimo de liberdade e de direitos, mas de desigualdade, necessidade e miséria. Rousseau acredita em um novo tipo de socialização, que não iniba o desenvolvimento do homem acarretando em sua decadência – este novo tipo é justamente o contrato social.

O que se pode perceber nos três autores, embora várias diferenças fundamentais, é a idéia de autoconservação. Este sentimento é o responsável pela atitude de os homens abdicarem de sua plena liberdade e estabelecerem, por meio de um contrato um poder maior que possibilite a paz e o exercício dessa liberdade, que deixa de ser plena e instável para se tornar parcial mas efetiva.

Em Hobbes o Estado é o resultado então desse pacto de transferência de direitos dos homens, que então se tornam súditos. Essa transferência, ou seja, a renúncia, é absoluta, cabendo aos súditos, portanto, o dever de total obediência. A única situação em que Hobbes prevê a possibilidade de desobediência é quando o soberano determina ao súdito que se mate, ou se mutila, que não resista aos que o ataquem, enfim, que desista de seu direito de defesa – neste caso o súdito tem a liberdade de desobedecer, pois segundo o autor, "ninguém [...] pode ser obrigado por um pacto a recusar-se a si próprio"¹²⁹. Segundo Hobbes, ao permitir que o soberano o mate, o súdito não fica obrigado a se matar quando aquele o ordena:

¹²⁸Para Locke, o Direito Natural decorre do poder e da vontade de Deus e é apreendido pela razão humana. Racionalismo e voluntarismo tendem a encontrar-se. Por ser um direito divino é, portanto, universalmente vinculante.

¹²⁹HOBBS, op. cit., p.163.

"Uma coisa é dizer mata-me, ou a meu companheiro, se te aprouver, e outra coisa é dizer matar-me-ei, ou a meu companheiro."¹³⁰ Para Hobbes, um pacto em que se renuncia o direito de evitar a morte é nulo.

Percebe-se, então, que para Hobbes o direito de defender a própria vida é mais importante do que a vida em si. A vida não é algo intocável – dentro de certas circunstâncias ela pode ser tirada¹³¹, pois o poder soberano para o autor tem pleno poder de vida e de morte em relação aos seus súditos (uma vez que os indivíduos ao contratarem para proteger suas vidas, cederam-na ao soberano) e pode condená-los à morte se assim for de seu interesse. O que não cedem, todavia, é o direito de se defender – o súdito morre por romper o contrato, mas para isso deve ser morto, não podendo o Estado exigir que ele mesmo se mate.

O soberano é quem representa o Estado e é dotado de poder absoluto – é ele quem cria as leis, mas a elas não está submetido. Para o autor, lei jurídica é aquela criada pelo soberano, ou seja, as leis civis. As leis naturais não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem o homem para a paz e obediência, tornando-se lei apenas com a instituição do Estado, passando então a serem ordens e, portanto, leis civis dotadas de caráter jurídico. Por ser instituída pelo Estado, a lei civil é responsável pela restrição do direito natural, ou seja, da liberdade do homem em seu estado de natureza. Por identificar lei com a lei civil, ou seja, a lei posta pelo Estado, Michel Villey chega a identificar Hobbes, mais que um jusnaturalista moderno, como um precursor do positivismo jurídico (item que será posteriormente abordado).

Em Locke, embora o estado de natureza não seja uma constante guerra de todos contra todos, a convivência entre os homens, sujeitos de direitos, uma vez que são dotados de liberdade e direitos sem limites (que lhe são inerentes pela sua

¹³⁰HOBBS, op. cit., p.163.

¹³¹"Pode ocorrer, e freqüentemente ocorre nos Estados, que um súdito seja condenado à morte por ordem do poder soberano, e apesar disso nenhum deles ter feito mal ao outro [...] cada Estado [...] tem absoluta liberdade de fazer tudo o que considerar – isto é o homem ou assembléia que os representa considerar – mais favorável a seus interesses." (HOBBS, op. cit., p.160).

condição humana, ou seja, decorrentes do direito natural) é desarmônica e insegura – o gozo destes direitos é precário. Assim, o corpo político se forma para garantir a igualdade e liberdade que sozinho o homem não pode assegurar; a salvaguarda da vida, da liberdade e dos bens, o que genericamente vem a intitular pelo nome geral de propriedade¹³². Portanto, a preservação da propriedade é a principal finalidade da instituição do governo e da sociedade. Forma-se um corpo único dotado de um sistema jurídico e judiciário com competência de decidir e punir aqueles que infringem contra a propriedade do outro.

A passagem, então, do estado de natureza para a comunidade civil se dá com a instituição de um juiz na terra com autoridade para decidir as controvérsias e punir. E, este juiz para Locke é, exatamente, o legislativo, que corresponde à soma dos poderes que a sociedade em seus membros delegam à pessoa ou assembléia na função legislativa, portanto, não se trata de um poder arbitrário, mas legitimado pelo consentimento da sociedade e limitado ao seu bem público.¹³³

Estabelecido um governo público e concedida a autoridade àquele que o representar (o soberano), este terá a legitimidade para legislar e governar proporcionando assim a paz, a tranquilidade e o bem-estar.

Cabe lembrar que para Locke tanto o soberano quanto os súditos estão, na mesma medida, submetidos à lei da natureza, pois para ele, nenhum homem na sociedade civil pode estar imune às leis naturais. Ao soberano estas leis se impõem determinando os limites do poder e para os súditos obrigando-os à obediência.

¹³²Propriedade para Locke tem um significado essencial, pois indica a esfera de subjetividade do sujeito, a sua liberdade de ação e a condição para a sua autoconservação.

¹³³"[...] no estado de natureza, o poder que um homem pode exercer sobre a vida, a liberdade ou a posse de outro jamais é arbitrário, reduzindo-se àquele a ele investido pela lei da natureza, para a preservação de si próprio e do resto da humanidade; esta é a medida do poder que ele confia e que pode confiar à comunidade civil, e através dela ao poder legislativo [...]" (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p.163).

As obrigações da lei da natureza não se extinguem na sociedade – elas são apenas delimitadas e munidas de penalidades que asseguram o seu cumprimento.

Mas, a obediência em Locke não é incondicional – para ele quando cessa a lei, começa a tirania e nasce o direito de resistência dos súditos. Quando o soberano infringe a lei, os súditos têm o direito e devem resistir, pois a finalidade da constituição da sociedade civil, que é fazer cumprir as leis, perdeu a razão de ser. O povo dissolve o poder legislativo que abusou da lei e institui um novo.

Aqui está uma das principais diferenças entre Hobbes e Locke. Enquanto Hobbes defende um poder soberano absoluto, sendo defensor, portanto, do Estado Absolutista, Locke afirma que a liberdade do estado de natureza não se transmuta no estado civil, assim, o poder do soberano não é absoluto, pois está sujeito às leis e se não cumpri-las pode ser tirado do poder pelos membros da sociedade que mantém o direito de resistência. Trata-se, pois, dos moldes do Estado Liberal, cuja função essencial é, justamente, assegurar a liberdade dos súditos.

Enquanto Hobbes priorizou a segurança e o poder absoluto do Estado (como única condição desta segurança) e Locke a liberdade, Rousseau tentará, segundo Norberto Bobbio, conciliar estas duas idéias, ou seja, o Estado, dotado de um poder soberano absoluto, com a liberdade.¹³⁴

Para Rousseau, pelo contrato, alienam-se todos os direitos – a alienação se faz sem reservas para que seja a mais perfeita possível¹³⁵. Por meio do contrato, associação de todos os membros da sociedade, forma-se o Estado, em que os associados, em coletivo, recebem o nome de *povo* e em particular o nome de

¹³⁴BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p.46.

¹³⁵"[...] dando-se a todos ninguém se dá, e como em todo sócio adquiro o mesmo direito, que sobre mim lhe cedi, ganho o equivalente de tudo quanto perco e mais forças para conservar o que tenho. Se afastamos, pois do pacto social o que não é da sua essência achá-lo-emos reduzidos aos termos seguintes: *Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo.*" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p.32).

Cidadãos.¹³⁶ Os cidadãos formam um único corpo, a nação, na qual o soberano não faz qualquer distinção de seus membros.

O que encaminha o Estado para o bem comum é a vontade geral, que corresponde não à soma das vontades particulares, mas à renúncia que cada um dos sócios fez em relação aos seus interesses particulares em nome do bem da coletividade.¹³⁷ Para o autor, a soberania é o exercício da vontade geral: "[...] o pacto social dá ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania [...]."¹³⁸

Para Rousseau, portanto, como para Hobbes, o poder soberano é absoluto, indivisível e inalienável. O que distingue um autor do outro é que com a idéia de vontade geral Rousseau inaugura um viés democrático para o exercício da soberania, o que em Hobbes não existia, pois uma vez formulado o pacto a relação súdito-soberano se restringia à sujeição.

Instituído, pois, o corpo político o que lhe dá vida e movimento é a lei, que representa as condições da associação civil e é a manifestação da vontade geral, uma vez que o *povo* é o seu autor (nem o príncipe é superior às leis, pois ele também faz parte do Estado). Assim sendo, o objeto da lei sempre é geral, seus sujeitos, os vassalos, são tomados enquanto corpo e as ações são consideradas em abstrato, não podendo nunca, portanto, considerar "[...] um homem como indivíduo, nem uma ação particular."¹³⁹

Diferentemente de Hobbes, para Rousseau o poder de fazer as leis não pode estar nas mesmas mãos daquele que as ordena. Fazer as leis é direito

¹³⁶ROUSSEAU, op. cit., p.32.

¹³⁷"[...] se qualquer um se recusa obedecer à vontade geral, todo o corpo force à obediência [...] o obrigarão a ser livre porque a condição com a qual se dá cada cidadão à pátria lhe assegura toda independência pessoal." (ROUSSEAU, op. cit., p.34).

¹³⁸ROUSSEAU, op. cit., p.43.

¹³⁹ROUSSEAU, op. cit., p.48.

intransferível do povo, pois "[...] só a vontade geral obriga os particulares, e só se pode assegurar que uma vontade particular é conforme à geral, e nós depois de havê-la submetido aos sufrágios livres do povo."¹⁴⁰ A sociedade política para Rousseau é regida, então, por duas espécies de poder: a vontade e a força, o poder legislativo e executivo, respectivamente. Para Rousseau, ambos poderes são importantes para a manutenção de um Estado, mas o poder legislativo é o fundamental, pois sem ele o Estado falece.¹⁴¹

Como poder absoluto o soberano tem poder de vida e de morte dos seus súditos. Rousseau afirma que os indivíduos formam o Estado para a conservação de suas vidas e quando cedem seus direitos no contrato social, cedem também as suas vidas que fica a critério do Estado (ou seja, da vontade geral) a sua manutenção ou eliminação:

O fim do tratado social é a conservação dos contratantes: quem quer os fins quer também os meios, que são inseparáveis de alguns riscos e até de algumas perdas. Quem quer conservar a vida à custa dos outros deve também dá-la quando for preciso; o cidadão já não é juiz do perigo a que a lei o quis expor e, quando o príncipe lhe diz: *convém ao Estado que morras*, ele deve morrer, pois só com essa condição viveu até então em segurança, e a sua vida já não é só um benefício da natureza, senão um dom condicional do Estado. A pena de morte que se impõe aos criminosos quase se pode igualmente considerar: para não sermos vítimas de um assassino toleramos padecer a morte, quando réus de tal crime.¹⁴²

Percebe-se, então, que a vida deixa de ser um fato natural inerente ao homem e passa a ser vinculada a um poder. Quando um indivíduo simboliza uma ameaça à manutenção do corpo social, sua vida pode ser eliminada em nome da conservação da vida dos demais membros. Rousseau, todavia, não concebe esta possibilidade como uma disposição da vida por parte do súdito; para ele, com o

¹⁴⁰ROUSSEAU, op. cit., p.51.

¹⁴¹ROUSSEAU, op. cit., p.87.

¹⁴²ROUSSEAU, op. cit., p.46.

contrato, quando se aceita que sua vida passe a ser um "dom condicional do Estado", não se está dela dispondo, mas sim a assegurando. O direito de vida e de morte não está nas mãos do súdito, mas nas mãos do soberano, responsável pela conservação da vida de todos.

Quando um indivíduo se mostra um traidor da pátria, como afirma Rousseau, cessa de ser membro dela, por desrespeitar a sua lei, e por isso, morre mais como inimigo do que como cidadão – perde, portanto, sua feição de cidadão, e então sua vida não mais é digna de segurança, uma vez que na verdade é uma ameaça a dos demais. Deixa de ser cidadão e se torna, novamente, apenas homem.¹⁴³

Percebe-se em Rousseau uma total socialização, coletivização do homem – o indivíduo é completamente reduzido a membro da sociedade, ou seja, o homem é completamente reduzido a cidadão. A manutenção de sua vida, pois, de interesse privado, tornou-se mais um interesse público, na medida em que se assume a possibilidade de morrer como réu em nome da conservação da vida de todos os membros da associação. A vida também se separa do indivíduo, ingressa na ordem política e torna-se um objeto de poder sob a face do direito de vida e de morte do soberano em relação ao súdito-cidadão. Como destacam Reale e Antiseri, em Rousseau "Não há nada de privado. Tudo é público ou, pelo menos, deve tornar-se tal" – como se pode ver, inclusive a própria vida.

Mas é fundamental ressaltar que, para se tornar cidadão, ou seja, para se conceber o homem como um súdito vinculado a um poder, antes foi necessário considerá-lo como indivíduo, ou seja, como um ente dotado de direitos inerentes à

¹⁴³"[...] quanto mais todo malfeitor insulta o direito social, torna-se por seus crimes rebelde e traidor da Pátria, de que cessa de ser membro por violar suas leis e à qual até faz guerra; a conservação do Estado não é compatível então com a sua, deve um dos dois morrer, e é mais como inimigo que se condena à morte que como cidadão. Os processos e a sentença são as provas e declaração de que ele violou o tratado social, e já não é por conseguinte membro do Estado; ora, como ele assim se reconheceu, quando mais não fosse pela sua estada, cumpre ser isolado dele, ou pelo exílio como infrator do pacto, ou com a morte como inimigo público; que tal inimigo não é pessoa moral, mas um homem, e eis quando o direito da guerra é matar o vencido." (ROUSSEAU, op. cit., p.46).

natureza humana, ou seja, direitos subjetivos, que impulsionado pela razão, optam por "criarem" uma sociedade que então seria regida por um poder superior, o poder soberano, responsável pela manutenção pacífica de tais direitos. O indivíduo emerge da totalidade corporativa medieval, destaca-se pela capacidade de sua razão e subjetividade e volta a formar uma totalidade (sociedade civil), a instituir um poder (soberano) e a reger-se de acordo com a Lei, geral e abstrata, estabelecida por este mesmo poder.

Percebe-se, assim, que as teorias contratualistas, das quais deu-se destaque às destes três grandes autores, foram fundamentais para a formação e fortalecimento das noções de indivíduo, razão, subjetividade, Estado e Lei (geral e abstrata), os alicerces do direito moderno. A partir do pensamento contratualista, a vida e a morte entram em uma nova ordem, que não mais aquela medieval, eminentemente privada e ligada aos poderes e saberes espirituais, de Deus e da religião, mas uma ordem ligada a um novo poder, que se torna cada vez mais forte ao longo dos séculos que marcaram a modernidade, o poder secular do Estado e do soberano, bem como a um diverso saber, o científico. Curioso notar que a vida, tanto na Idade Média quanto na Modernidade, nunca pertenceu ao homem vivente: quando deixou de pertencer a Deus e sua vontade divina, passou a pertencer a um novo poder – o poder do Estado e da Lei.

2.4 A AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM PELO ESTADO: A CONSOLIDAÇÃO DA SUBJETIVIDADE COMO CIDADANIA

Com o jusnaturalismo de Hobbes, Locke e Rousseau, mesmo tendo em vista as diferenças das teorias de cada um, percebe-se a teorização da individualização, ou seja, a visualização do homem não apenas como uma parte de um organismo maior (mentalidade medieval), mas como um ente autônomo, dotado de direitos inerentes à sua condição humana. Desta individualização do homem parte-se para pensar a necessidade das relações intersubjetivas entre os homens, seja este

pensamento fundamentado pela conflituosidade hobbesiana, pela insegurança lokceana ou pela necessidade de salvação rousseauniana. Por necessidade ou tendência natural do homem surge a sociedade civil e a comunidade política. A condição humana é transmutada para uma condição de súdito, cidadão, e esta transmutação corresponde exatamente ao percurso histórico de afirmação dos direitos do homem em consequência das revoluções e declarações de direitos delas decorrentes.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, a teoria jurídica jusnaturalista se alia aos poucos ao conceito de revolução, ou melhor, à práxis revolucionária, pois criam um sentimento de fundação, de atos capazes de instaurar uma nova realidade fundada pelos parâmetros da razão e regida por um direito sistemático e, obviamente, racional.¹⁴⁴

A promulgação da Lei de *Habeas Corpus* (1679), na Inglaterra, deu início a um processo de afirmações (na prática) dos direitos do homem declarados teoricamente pela filosofia jusnaturalista. Como afirma Fabio Konder Comparato: "[...] essa garantia judicial, criada para proteger a liberdade de locomoção, tornou-se a matriz de todas as que vieram a ser criadas posteriormente, para a proteção de outras liberdades fundamentais."¹⁴⁵

¹⁴⁴"A ligação entre as teorias de Direito Natural, também chamado de Direito Racional, com uma teoria e práxis da revolução, esclarecem que o teórico do direito – como alguém capaz de reproduzir em 'laboratório', isto é, na sua razão, o próprio direito, o qual assume a forma de um sistema de enunciados cabais e que funcionam politicamente com fins revolucionários – toma uma nova função. A reconstrução racional do direito, que passa a ser entendido como um conjunto, um sistema de enunciados respaldados na razão, adquirindo validade [...] põe-se a serviço de um processo de conexão entre *dominium* e *societas*, a unidade do Estado e a sociedade, que ocorre entre os séculos XVI e XVII [...] O domínio jusnaturalisticamente legitimado organiza a ameaça da violência e o uso do poder em favor da sociedade política, ou seja, da fundação revolucionária." (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.71-72).

¹⁴⁵COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.86.

Essa lei foi seguida pela Declaração do Bill of Rights, em 1689, documento que instituiu a separação de poderes, encarregando o Parlamento da representação dos súditos e eliminando o arbítrio do rei.

As Revoluções do século XVIII e as declarações de direitos delas decorrentes continuaram este processo de consolidação dos direitos do homem. A Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 1776, consistiu no primeiro documento político a afirmar a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de diferenças de raça, sexo, religião. Do texto da declaração pode-se verificar muitas influências jusnaturalistas, em destaque, Locke:

Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que *todos os homens são criaturas iguais*, dotadas pelo seu Criador de certos *direitos inalienáveis*, entre os quais a *vida*, a *liberdade* e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados. Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nesses princípios, e cuja organização de poderes lhe pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe a *segurança* e a *felicidade*.¹⁴⁶ [sem grifos no original]

A Revolução Francesa, de 1789, é exemplo vivo que evidencia a cultura das liberdades de tipo individualista e contratualista¹⁴⁷, de moldes nitidamente jusnaturalista. O artigo 2.º da declaração dos direitos do homem e do cidadão deixa isto bastante claro: "O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescindíveis do homem". A Lei, geral e abstrata, e o legislador, representante da vontade geral (ou seja, da nação¹⁴⁸), simbolizam a garantia da realização destes direitos.

¹⁴⁶Apud COMPARATO, op. cit., p.105.

¹⁴⁷FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 1996. p.58.

¹⁴⁸A idéia de nação também é fundamental para entender-se o rompimento que a revolução estava realizando em relação ao antigo regime. A nação simboliza um corpo único, em reação à estrutura social medieval determinada e separada por estamentos.

Os revolucionários, por acreditarem – e estarem de fato – rompendo com toda uma lógica, a do antigo regime, acreditavam ser missionários de uma nova ordem que se pretendia universal. A Declaração de direitos de 1789 afirmava tais direitos como universais. Como afirmou Mathieu de Montmorency "os direitos do homem em sociedade são eternos, [...] invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países".¹⁴⁹

Acreditava-se, pois, ser uma declaração de todos os tempos e de todos os povos. A dupla menção, ao homem e ao cidadão, no título da Declaração pode ser explicada neste sentido, ou seja, a referência ao cidadão dirige-se ao povo francês, como "homem", está simbolizando toda a humanidade, representada por todos os povos.¹⁵⁰

Percebe-se, com a filosofia jusnaturalista, que a afirmação dos direitos do homem foi contemporânea à consolidação dos Estados-Nação, ou melhor, do Estado de Direito. Na teoria esta interconexão ocorreu porque, muito embora houvesse a convicção da existência de direitos independentemente do reconhecimento deles por um ente (no caso este ente corresponde ao Estado, ao corpo político), o surgimento deste ente se deu pela necessidade de garantir tais direitos.

Na prática, por sua vez, o que ocorreu foi uma associação cada vez maior dos direitos dos homens com a afirmação da soberania nacional, fazendo do povo e não mais do indivíduo o representante da imagem do homem. Ocorre, dessa maneira, uma crescente absorção dos direitos do homem pelos direitos do cidadão. Como afirma Fabio Konder Comparato: "os direitos do cidadão passaram, então, a servir de meios de proteção aos direitos do homem, e a vida política tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil, sob a dominação da classe proprietária".¹⁵¹

¹⁴⁹RIALS, Stéphane. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Paris: Hachette, 1988, p.350-351, apud COMPARATO, op. cit., p.130.

¹⁵⁰COMPARATO, op. cit., p.147.

¹⁵¹COMPARATO, op. cit., p.143.

A afirmação histórica dos direitos humanos, ou melhor, do discurso ocidental dos direitos humanos teve sua raiz filosófica no jusnaturalismo, a partir do qual o homem é dotado de direitos em decorrência da sua natureza humana. Todavia, na prática o que ocorreu foi a consolidação do Estado e de seu direito positivo e a conseqüente afirmação dos direitos do homem em decorrência do que a lei do Estado expressamente determina. A positivação dos direitos acabou reduzindo a garantia destes não em decorrência da humanidade, mas da cidadania abstrata "vestida" pelo homem, empírico, concreto, de carne e osso.

Com a formação do Estado de Direito, a liberdade como poder original do sujeito foi substituída pela idéia de liberdades públicas, ou seja, a liberdade limitada pela lei (na esfera pública liberdades contra o Estado, e no âmbito privado contra os demais cidadãos). O direito subjetivo passa a ser distanciado da idéia de liberdade. Esta fragmentação torna-se nítida com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789: "O título da referida Declaração denuncia a fragmentação entre liberdade e direito subjetivo, representada nas categorias homem e cidadão".¹⁵² O homem deixa de ser homem para ser sujeito de direito, categoria que intenta, então, reunir as figuras do homem e do cidadão.¹⁵³

O direito subjetivo passa a significar poder de agir juridicamente¹⁵⁴, sendo este poder, na verdade, transferido para o Estado, na medida em que os homens detêm os direitos subjetivos desde que previstos pela ordem jurídica estatal: "[...] o direito privado-natural é submetido ao direito público-positivo."¹⁵⁵

¹⁵²GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000. p.18.

¹⁵³"Os direitos naturalmente concedidos a todos os homens são, portanto, liberdades universais. Neste sentido, todo homem é sujeito de direito. Mas, quando especificados os direitos subjetivos, em uma ordem jurídica particular, o homem, pode tornar-se sujeito de direito, porém, para isso, precisa revestir-se da qualidade de cidadão." (GEDIEL, **Os transplantes...**, p.18).

¹⁵⁴GEDIEL, **Os transplantes...**, p.18.

¹⁵⁵BOBBIO e BOVERO, op. cit., p.92.

A separação direito subjetivo – direito objetivo serviu para a afirmação dos ideais revolucionários, que tinham nos direitos subjetivos a palavra de ordem. Mas sabe-se que tal divisão é puramente artificial, uma vez que, como afirma Michel Mialle, direito subjetivo não é algo que está enraizado na fisiologia do homem, pois não passa de uma construção artificial criada pela burguesia revolucionária e muito utilizada pela lógica capitalista. Assim, direito subjetivo e objetivo não passam de duas faces de uma mesma moeda.¹⁵⁶

Essa simultaneidade histórica entre a consolidação das nações-Estado e dos direitos humanos não foi por acaso, e as consequências deste nexo, flagradas com os acontecimentos da primeira metade do século XX, foram nefastas à humanidade e demonstraram a fraqueza e falta de efetividade dos direitos do homem, apenas retoricamente declarados.

Antes de entrar propriamente neste ponto e flagrar as consequências desta "coincidência" histórica, o presente trabalho tentará compor melhor a estruturação da subjetividade moderna e o processo de abstração do direito e do sujeito, isto é, a supervalorização do critério formal em detrimento do material tanto na concepção do homem, reduzido ao "eu pensante", quanto na construção jurídica. Para isso, mostram-se fundamentais Emmanuel Kant, no campo da filosofia, e Savigny, o historicismo e o Positivismo Jurídico, no campo do direito.

¹⁵⁶"[...] a transmissão pela vontade dos indivíduos é, ela própria, prevista e organizada... pela lei; que, portanto, a fonte formal da transmissão dos direitos já não é a vontade, neste caso, tal como a origem dos direitos extrapatrimoniais não se encontra na natureza humana. Dissociando direito objetivo e direitos subjetivos, tratando-os como dois sistemas separados, esconde-se, pura e simplesmente, que eles não eram mais que as duas faces da mesma realidade e que, em consequência, as fontes de um tinham de ser necessariamente as fontes dos outros. A partir desta consideração de unidade do sistema jurídico, já não podemos olhar o direito objetivo como um direito coactivo e perigoso em última análise – e os direitos subjetivos como 'liberdades' que exprimem a natureza do homem ou a sua vontade." (MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1989. p.144 e 149-150).

2.5 IMMANUEL KANT: A SUBJETIVIDADE FORMAL E A AFIRMAÇÃO DO SUJEITO AUTÔNOMO

Se a filosofia de Descartes é tida como a fundadora da subjetividade moderna, a de Kant pode ser tida como a concretizadora. Não é incomum ouvir que o sujeito de direito, ou melhor, o sujeito do direito moderno corresponde ao sujeito kantiano por excelência. O sujeito da modernidade, racional, autônomo, livre e abstraído da realidade teve em sua filosofia uma das principais fontes, na medida em que esta se preocupou essencialmente com questões relativas à razão, à autonomia, à moral e à liberdade. A importância conferida à razão e à subjetividade e a supervalorização do sujeito em relação às coisas fez dele um dos autores principais do paradigma moderno da consciência, importantíssimo, portanto, ao direito moderno, uma vez que este se moldou em torno deste sujeito que surgia na filosofia.

Extremamente formalista, Kant estava mais preocupado em demonstrar o *como*, a *forma* do que com o "o quê", ou o próprio conteúdo das coisas. Seu trabalho focou-se essencialmente em mostrar *como* funciona a razão, o que acontece com a consciência no ato de conhecer – o que ela pode e o que ela não pode conhecer. Tanto é assim, que uma de suas obras mais famosas "A crítica da razão pura" tem exatamente esta preocupação e sua filosofia transcendental está voltada para a questão de demonstrar o modo de conhecer as coisas *a priori*, ou seja, o que acontece na mente antes da experiência.

Para Kant, o sujeito conhecedor é transcendental, pois a estrutura da consciência é igual em todas as pessoas e, portanto, transcende as particularidades. O que não é transcendental, todavia, são os conteúdos, estes sim estão submetidos às influências da experiência.

Como em Descartes, segundo o qual as idéias determinam as coisas, também em Kant o objeto é determinado pelo sujeito e regulado pela faculdade de conhecer (revolução copernicana na filosofia – o objeto se adapta às leis, às formas

do sujeito).¹⁵⁷ Daí decorre sua crítica transcendental da razão, uma vez que entende que embora se possa conhecer as coisas não se pode conhecê-las em si, ou seja, desvendar sua essência, mas apenas conhecê-las como elas ao sujeito se apresentam, isto é, como fenômenos.

Assim como Descartes, Kant se interessa pela metafísica (ou seja, aquilo que transcende a natureza e a experiência), mas entende que os problemas por ela trabalhados (existência de Deus e fundamentos da moral, por exemplo) não podem ser resolvidos com os recursos tradicionais do pensamento. O autor tenta conceder a ela um fundamento científico e conferir-lhe o mesmo rigor da física, possibilitando uma verdadeira conciliação entre ambas.¹⁵⁸

Para trabalhar com a metafísica, Kant recorre a um método¹⁵⁹ que parte da separação entre conhecimento puro e elementos sensíveis¹⁶⁰. Assim, procura distinguir o conhecimento sensível (*a posteriori*), aquele formado graças à influência do objeto, do conhecimento inteligível (*a priori*), aquele que não deriva dos sentidos pela própria natureza dos seus objetos que não podem ser captados pelos sentidos.¹⁶¹

¹⁵⁷Portanto, assim como Descartes, Kant concebe o primado da razão sobre o objeto, todavia, o que os difere é que enquanto aquele despreza a experiência, este concebe o conhecer como a união entre a razão e a experiência. Como afirma Otfried Hoffe "Kant recusa tanto o empirismo como o racionalismo; existem idéias puras da razão – mas meramente como princípios regulativos a serviço da experiência." (HOFFE, Ötfried. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm, Valerio Tohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.39).

¹⁵⁸Não obstante, em relação à ética ele prega uma verdadeira separação, entendendo que o conhecimento teórico não é a mesma faculdade pela qual se capta o bem (este é atingido pelo sentimento moral) (REALE e ASTISERI, op. cit., p.870).

¹⁵⁹Esse método será trabalhado em sua obra "Crítica da razão pura".

¹⁶⁰Kant entende "a luta pela metafísica como uma disputa entre o racionalismo e o empirismo [...] Kant mostra que a metafísica é possível, mas, em contraposição ao racionalismo, somente como teoria da experiência, e não como uma ciência que transcende o âmbito da experiência; e, à diferença do empirismo, não como teoria empírica, senão como teoria transcendental da experiência" (HOFFE, op. cit., p.36).

¹⁶¹Kant não é empirista como Locke, nem divide a tese das idéias inatas de Descartes. Ele é, na verdade, um mediador entre ambas concepções, na medida em que defende o desenvolvimento do conhecimento como uma verdadeira interação entre o que há *a priori* na consciência e o que é apreendido pela experiência *a posteriori*.

Kant trabalha com o pressuposto de que no sujeito existem formas, leis (*a priori*) para se conhecer, tanto no âmbito da sensibilidade quanto no âmbito do intelecto.¹⁶² É neste ponto que se situa a transcendentalidade para Kant, ou seja, estas formas da sensibilidade e do intelecto são transcendentais na medida em que existem *a priori* no sujeito, e não nos objetos e sem os quais a experiência e o conhecimento viabilizado por esta não se torna possível.

Kant traz uma inovação à metafísica alterando a idéia de transcendentalidade. Por transcendental não concebe algo para além do mundo da experiência. Ele pretende sim desvendar as condições prévias da experiência – "No lugar do conhecimento de um outro mundo, aparece o conhecimento originário de nosso mundo e de nosso saber objetivo"¹⁶³.

Kant, ao afirmar que a consciência tem uma forma e que esta é igual em todos, confere à subjetividade uma formalidade, e esta está presente tanto no modo de conhecer inteligível (no entendimento) quanto no modo de conhecer sensível (sensibilidade).¹⁶⁴

¹⁶²REALE e ASTISERI, op. cit., p.877.

¹⁶³HOFTE, op. cit., p.59. Como expõem Rele e Astiseri: "Para a metafísica clássica, 'transcendentais' eram as condições do ser enquanto tal, ou seja, aquelas condições sem as quais deixa de existir o próprio objeto; mas depois da revolução kantiana, não é mais possível falar de condições do objeto em si, mas somente condições do objeto em-relação-ao-Sujeito. Em conclusão 'transcendental' é aquilo que o Sujeito põe nas coisas no ato mesmo de conhecê-las." (REALE e ASTISERI, op. cit., p.878).

¹⁶⁴Para Kant, o conhecimento se formula a partir de duas fontes: o entendimento e a sensibilidade. Por meio da sensibilidade os objetos são apresentados para o sujeito e pelo entendimento então serão pensados. Trata-se de um processo duplo, no qual a ausência de um implica a impossibilidade do outro. Pela mera recepção e sensação de algo não se produz conhecimento, pois este precisa ser pensado e ordenado pelas regras do entendimento. Assim como, nada pode ser pensado se não for previamente apresentado ao sujeito. Como afirma Kant: "sem sensibilidade nenhum objeto nos seria dado, e sem entendimento nenhum seria pensado. Pensamento sem conteúdo são vazios, intuições sem conceitos são cegas" (HOFTE, op. cit., p.68).

As formas *a priori* da sensibilidade para Kant correspondem ao tempo e ao espaço¹⁶⁵ – verdadeiras condições gerais subjetivas que coordenam todo o material sensível, sob as quais os objetos se fazem aparecer para o sujeito.¹⁶⁶ As formas *a priori* do entendimento, por sua vez, são os conceitos puros (sem qualquer influência da experiência), as categorias, por meio das quais o pensamento se dá, uma vez que este não se dá de forma intuitiva imediata, mas ocorre de forma mediada por aqueles que ao receberem a multiplicidade a ordenam e a unificam em uma representação comum. Esta ação unificadora é chamada por Kant de síntese. Esta conexão unificadora está presente no sujeito, em suas categorias que a estabelecem de forma pré-empírica e é condição para o conhecimento que não pode existir a partir da multiplicidade da intuição.

De acordo com Kant, as categorias são meios de unificação do múltiplo – uma vez que o conhecer corresponde exatamente à conexão de uma multiplicidade de representações em uma unidade –, e todas elas são guiadas por uma unidade suprema e originária que é a autoconsciência, o "Eu penso". Este "Eu penso" corresponde a uma estrutura comum do pensar de todo sujeito, não corresponde ao eu pessoal de um indivíduo determinado, mas sim àquilo que faz de cada sujeito empírico um ser pensante – trata-se de um sujeito de consciência em geral, idêntico em toda consciência e autoconsciência.

Este "Eu penso" é, portanto, o Sujeito transcendental kantiano. Percebe-se, assim, mais uma vez, como o sujeito assume cada vez mais um papel fundamental no pensamento moderno como fonte do conhecimento e da verdade.¹⁶⁷

¹⁶⁵O tempo é a forma intuitiva do sentido interno e o espaço a forma do sentido externo.

¹⁶⁶HOFFE, op. cit., p.18.

¹⁶⁷Como afirma Otfried Hoffe: "O pensamento da época moderna está dominado pela idéia do Eu na sua função de originar o conhecimento. Em Kant, essa idéia não se relaciona a uma metafísica racionalista ou empirista, mas a uma crítica transcendental da razão. Por meio dela, a intransgressível autoridade do sujeito, enquanto princípio do conhecimento e da sua objetividade, obtém uma fundamentação mais radical e um sentido mais amplo e, ao mesmo tempo, metodologicamente mais convincente." (HOFFE, op. cit., p.99-100).

Conceber as categorias como condição de possibilidade de toda objetividade, ou seja, da unidade e do conhecimento, implica considerar que o pensamento subjetivo é condição para a objetividade dos objetos. Sendo assim, objetividade e subjetividade unem-se em Kant superando o dualismo cartesiano.¹⁶⁸

Mas a contribuição de Kant não se limita à conciliação entre empirismo e racionalismo e à estruturação da subjetividade formal e do Sujeito transcendental. Uma de suas grandes elaborações teóricas está relacionado à sua preocupação com a moral do sujeito e conseqüentemente com a sua autonomia, com sua liberdade. A crença no sujeito e o viés antropocêntrico do período moderno aqui se mostram bastante nítidos, na medida em que Kant constrói sua teoria da moral toda centrada no sujeito, em sua razão e na sua capacidade de determinar suas vontades e suas ações, independentes de uma coação externa, seja ela transcendente ou imanente. Como afirma Otfried Hoffe "[...] o conceito-chave da época moderna, a liberdade, obtém através de Kant, um fundamento filosófico."¹⁶⁹

Segundo Kant, a determinação da vontade ocorre por meio do uso prático da razão. E o fato de ser prático não implica que seja empírico, pois este uso prático também pode, e no caso da determinação da vontade, para Kant, deve ser puro¹⁷⁰. Isso porque o autor pretende conceder à moralidade validade universal e objetiva (as leis morais, para ele, devem valer para todo ser racional), ou seja, desvendar como se formam as leis da moral *a priori*, livres da experiência, abstraídas de toda realidade.¹⁷¹

Para Kant, a metafísica dos costumes direciona-se exatamente para esta busca da origem dos princípios práticos *a priori* presentes na razão, uma vez que os

¹⁶⁸HOFFE, op. cit., p.101-102.

¹⁶⁹HOFFE, op. cit., p.184.

¹⁷⁰"Endendo por conceito da razão pura prática a representação de um objeto como um efeito capaz de ser produzido pela liberdade" (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005. p.24 e 67).

¹⁷¹KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. p.15.

costumes estão constantemente suscetíveis à corrupção e perversão. A lei moral deve ser buscada, então, exatamente na metafísica, pois esta é a filosofia pura.

Segundo o autor, apenas os seres racionais são capazes de serem guiados por princípios, ou seja, só eles possuem vontade, que corresponde à faculdade de escolher conforme a razão e independente de toda e qualquer inclinação. A razão determina a vontade, que realiza a ação – as ações são, portanto, subjetivamente determinadas.

Kant distingue as ações que são realizadas *conforme* o dever¹⁷² e *pelo* dever. Para ele, por exemplo, todas as pessoas estão inclinadas a conservar sua vida – sendo assim, não a conservam *pelo* dever, mas apenas *conforme* o dever. Já quando estão em situação em que a morte parece mais desejável do que continuar a viver, aí sim, está-se conservando a vida *pelo* dever, e nisto está presente uma máxima de conteúdo moral¹⁷³. Dessa forma, é possível perceber que para Kant o verdadeiro valor moral está nas ações realizadas sem qualquer inclinação, mas simplesmente em função do dever de valor moral, situado no princípio da vontade:

Se uma ação realizada por dever deve eliminar totalmente a influência da inclinação e com ela todo o objeto da vontade, nada mais resta à vontade que a possa determinar do que, objetivamente, a lei, e, subjetivamente, o puro respeito por essa lei prática, e, portanto, a máxima que manda obedecer a essa lei, ainda que com prejuízo para todas as minhas inclinações.¹⁷⁴

Essa lei que determina a vontade para que esta seja boa corresponde à lei geral, simplesmente formal, abstraída de toda matéria e de todo objeto do querer, que serve de princípio à ação e que pode ser expressa como o "*dever de agir sempre de modo que se possa querer também que a sua máxima se converta em lei universal.*"

¹⁷²Dever, para Kant, corresponde à "[...] ação que [...] exclui a participação dos princípios determinantes derivados da inclinação [...] ação (portanto) objetivamente prática [...]" (KANT, **Crítica da razão**..., p.90).

¹⁷³KANT, **Fundamentação**..., p.25.

¹⁷⁴KANT, **Fundamentação**..., p.28.

Os deveres são expressos pelos chamados imperativos, que para Kant podem ser de dois tipos: os hipotéticos e os categóricos. Os primeiros determinam uma ação que tem um objetivo específico, condicionando-a para o alcance de uma finalidade¹⁷⁵: "aja de tal forma para que isso se realize". Já nos categóricos, a ação independente de qualquer fim, pois "[...] declara a ação como em si objetivamente necessária [...]"¹⁷⁶

Esse último é o verdadeiro imperativo da moralidade para Kant, pois se relaciona apenas com a forma da ação e não com a matéria. Trata-se de um mandamento absoluto, incondicionado e único que pode ser traduzido na fórmula já citada: *"Age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal"*.¹⁷⁷

Kant traz o exemplo do suicídio para ilustrar a possibilidade ou impossibilidade de transformar uma máxima pessoal em lei objetiva e válida para todos: uma pessoa em circunstâncias difíceis que desenvolve um desapego à vida e pretende com ela acabar, com fundamento na máxima de amor próprio, no sentido de que mais bem estaria fazendo a si acabando com o viver (que se tornou puro sofrimento) – tal máxima pode tornar-se universal? Kant afirma que não, segundo ele "uma natureza cuja lei fosse destruir a vida em virtude do mesmo sentimento cuja determinação é suscitar a sua conservação se contradiria a si mesma e, portanto, não existiria como natureza."¹⁷⁸ Conservar a si mesmo é conservar em si a própria humanidade, pois cada homem a contém em sua individualidade.¹⁷⁹ Eliminar a vida física, acarretaria

¹⁷⁵KANT, **Fundamentação...**, p.45.

¹⁷⁶KANT, **Fundamentação...**, p.45.

¹⁷⁷Cabe ressaltar que máxima corresponde a um princípio subjetivo de ação – cada sujeito tem sua máxima e, a qual de acordo com o imperativo categórico deve se orientar na possibilidade de se tornar universal, ou seja, deve poder valer não apenas para o indivíduo naquela situação determinada, mas para todos os indivíduos que estivessem naquela situação (KANT, **Fundamentação...**, p.47-51).

¹⁷⁸KANT, **Fundamentação...**, p.52.

¹⁷⁹KANT, **Crítica da razão...**, p.98-99.

eliminar a vida moral, e esta, por ser muito mais importante, mantém-se com a manutenção da vida física, ainda que sob circunstâncias de sofrimento para o homem – a vida não tem valor se o homem que a vive perde sua moralidade e deixa de agir *pelo dever*.

A razão humana determina a humanidade como fim em si mesma¹⁸⁰ e se a máxima do suicídio se torna lei universal, ter-se-ia uma lei contra a própria humanidade. Destruir-se a si mesmo é tornar-se meio para acabar com uma situação intolerável de vida. Nas palavras de Kant: "Não posso, pois, dispor do homem em minha pessoa para o mutilar, o degradar ou matar."¹⁸¹

Para Kant, a preservação da vida é um dever para consigo mesmo e assim, o suicídio para ele é um crime. Terminar com sua própria vida é renunciar sua personalidade – é um ato contra a moralidade, "é rebaixar a humanidade na própria pessoa (*homo noumenon*), à qual o ser humano (*homo phaenomenon*) foi, todavia, confiado para preservação."¹⁸²

Da idéia, então, de o homem estar ligado a leis e a leis por ele mesmo criadas, dotado, portanto de vontade legisladora decorre, em Kant, o princípio da autonomia da vontade que corresponde ao "[...] conceito segundo o qual todo ser racional deve se considerar, por todas as máximas de sua vontade, o legislador universal, para julgar a si mesmo e às suas ações."¹⁸³

¹⁸⁰"[...] o homem não é muito santo, mas ele deve ter como santa a *humanidade* em sua pessoa. Tudo o que existe na criação, tudo o que se quiser, e sobre o que se tenha algum poder, podemos utilizar como *simples meio*; somente o homem e, com ele, toda criatura racional é um *fim em si*. E, com efeito, ele é o sujeito da lei moral, que é santa graças à autonomia da sua liberdade [...] toda vontade [...] está limitada à condição de acordo com a *autonomia* do ser racional, qual seja, a de não submetê-lo a qualquer objetivo que não seja possível segundo uma lei que possa provir da vontade do próprio sujeito passivo; por consequência a não usar jamais este sujeito simplesmente como meio, mas ao mesmo tempo, também como fim" (KANT, *Crítica da razão...*, p.97).

¹⁸¹KANT, *Fundamentação...*, p.60.

¹⁸²KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Trad. textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003. p.264-265.

¹⁸³KANT, *Fundamentação...*, p.63.

Para Kant, a autonomia, ou seja, a capacidade de autodeterminar-se é o fundamento da dignidade humana e da natureza racional do homem. A moralidade contida neste homem racional é exatamente a relação entre a autonomia da vontade e as ações – agir conforme a lei moral é a condição primordial de todo valor da pessoa.

A autonomia, pois, é a liberdade da vontade de ser lei para si mesma. A liberdade¹⁸⁴, por sua vez, é a independência da vontade presente na razão (entendimento puro) com relação à sensibilidade, sendo determinada única e exclusivamente pela lei moral. Assim, para Kant a liberdade corresponde a uma idéia pura da razão, cuja realidade objetiva não pode ser exposta por leis naturais, mas que vale apenas como requisito da razão de um ser que julga ter uma vontade. Segundo Kant, é a lei moral que conduz o homem ao conceito de liberdade, pois "Julga ele que pode fazer alguma coisa, porque tem consciência de dever fazê-la, e reconhece em si a liberdade que, sem a lei moral, permaneceria ignorada para ele."¹⁸⁵

Verifica-se então que Kant determina as ações dos homens como sendo guiadas pela sua própria razão, por meio da lei moral *a priori* neles existente. A isso ele chama de autonomia, sendo o homem para Kant, um sujeito racional e autônomo, necessariamente, detentor de uma legislação interna.

Mas ao verificar que muitas vezes os sujeitos direcionam suas ações guiados pela mera *conformidade com* o dever e não simplesmente *pelo* dever, Kant assume que o sujeito também é guiado por um outro tipo de legislação – a legislação externa, onde se situa a legalidade.

¹⁸⁴Kant, na verdade, distingue dois tipos de liberdade, uma negativa e outra positiva: a independência da lei moral em relação à matéria, ou seja, do objeto desejado e de toda realidade empírica consiste na liberdade negativa; já o fato da razão pura deter uma legislação própria *a priori* corresponde à liberdade positiva (KANT, **Crítica da razão...**, p.43).

¹⁸⁵KANT, **Crítica da razão...**, p.40.

Percebe-se, então, que moralidade e legalidade são duas coisas distintas para Kant¹⁸⁶. A legalidade é o agir conforme o dever e está presente na legislação externa que corresponde às leis jurídicas, aquelas que se relacionam apenas às ações externas, sem perquirir a intenção interna do autor. A moralidade, como já se viu, corresponde à legislação interna, pois está no campo onde se age de acordo com a lei moral da razão independente de qualquer influência externa, como a ameaça da coação, como ocorre no direito – ela se relaciona, portanto, com ações internas que levam em conta somente a conformidade com a lei moral.

Direito para ele¹⁸⁷ é a soma das leis que formam uma legislação externa, "é a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem com uma lei universal de liberdade"¹⁸⁸Kant destaca que o direito, como ordenador das relações externas, não deve se preocupar com a matéria desta escolha, a intenção e finalidade que cada um tem em sua mente. Dessa forma, para o autor o direito está no campo da formalidade (e legalidade, como dito acima) – a matéria e o direcionamento ético não importam ao direito, que funciona pela mera

¹⁸⁶"o direito estrito [...] aquele que não está combinado com nada ético – requer apenas fundamentos externos para determinar a escolha, pois somente então é ele puro e não mesclado a quaisquer preceitos da virtude" (KANT, **Metafísica...**, p.78).

¹⁸⁷O direito, para Kant, gira em torno da idéia de liberdade, pois suas leis, segundo ele, existem para dar condições para que a liberdade de um conviva com a dos demais. Para o autor, a lei universal do direito está em função, exatamente, desta convivência: "*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*" (KANT, **Metafísica...**, p.77). O direito (estrito) é dotado da capacidade de coerção externa sempre que a ação de um corresponder a um constrangimento da liberdade alheia – trata-se de uma coerção legítima, pois, orienta-se contra outra que é ilegítima. Assim, conclui Kant que "direito e competência de empregar coerção [...] significam uma e única coisa." (p.78). Kant divide o direito em direito natural, aquele cujos princípios são *a priori*, o direito positivo (estatutário) e, ainda, direito adquirido, que requer algum ato para passar a existir e direito inato, que pertence a todos por natureza e segundo ele, é único e corresponde à *liberdade* (da qual decorre a igualdade inata) – direito original pertencente à humanidade. Kant também acredita, assim como Hobbes, Locke e Rousseau, na passagem do estado de natureza (originário) para o estado civil. Assim, para ele no estado de natureza reina o direito natural, ou, direito privado, enquanto no estado civil, o direito público.

¹⁸⁸KANT, **Metafísica...**, p.75.

"aparência" e forma das ações. Verifica-se, portanto, mais um ponto em que Kant abstrai a matéria – o direito ao se limitar à forma, vai-se tornando pura abstração¹⁸⁹

Um dos exemplos mais nítidos deste processo de abstração do direito, em que Kant exerce um papel fundamental é o que diz respeito à posse e à propriedade. A estrutura sensível-inteligível tão trabalhada por ele em seus questionamentos sobre "como conhecer" também tem seu papel em suas preocupações com o "possuir". Dessa forma, Kant distingue a posse sensível da posse inteligível. A primeira é a posse física e a segunda a posse apenas jurídica, ou seja, quando se possui um objeto sem se ter ocupação dele.

Kant expõe que a frase "um objeto é exterior a mim" pode significar que o objeto simplesmente é distinto de mim, ou que está em outra localização. Segundo o autor, somente pelo primeiro significado se pode afirmar a existência de uma posse racional. Percebe-se, assim, que a separação do sujeito em relação à coisa é fundamental para o processo de abstração do direito – apenas quando ambos se separam se pode considerar uma posse meramente inteligível, ou seja, que dispensa a presença do objeto.

O pensamento moderno, pois, foi o responsável por essa separação, a qual não existia na Idade Média, onde a única posse pensada era a posse física, ou para Kant, a empírica, na medida em que a relação com a coisa se dava pela faticidade. Para Kant, e para os modernos o "meu" depende da capacidade de pensar a posse e não na relação empírica com o objeto: "Assim, devo ser capaz de pensar que estou de posse desse objeto independentemente de estar limitado por condições temporais e, portanto, independentemente da posse empírica."¹⁹⁰

¹⁸⁹Algo muito distinto, portanto, do que era concebido na Idade Média, como já apreciado no capítulo anterior, na qual o direito era costume, emergia da realidade e da vivência e estava integrado na mais pura materialidade, uma vez que se encontrava na coisa.

¹⁹⁰KANT, **Metafísica...**, p.94.

O direito não mais é fato, costume e não está mais na coisa, mas tornou-se um "conceito racional puro, prático da escolha sob as leis da liberdade". O direito decorre do sujeito, e mais precisamente da sua consciência, de sua razão – o direito não mais está na objetividade, mas é deslocado para a subjetividade.

Quando o homem se separa da coisa como sujeito racional, a faticidade já não é mais determinante – o que passa a determinar é a razão, a subjetividade, portanto. Em Kant o "possuir" depende das condições *a priori* da razão: considerar qualquer objeto como algo que pudesse ser objetivamente meu ou teu é uma pressuposição *a priori* da razão – só se pode possuir algo porque a razão assim determina *a priori* (não é preciso que se detenha a coisa que se possui, basta que se tenha consciência de possuí-la).¹⁹¹

A posse inteligível, ou meramente jurídica é um conceito *a priori*, e assim como todas as proposições de direito, puramente racionais. Dessa forma o "*meu e o teu*" são determinados não por condições sensíveis, mas delas totalmente abstraídos, "visto que tem a ver com uma determinação de escolha de acordo com lei da liberdade e também de mim exige que pense na posse deles dessa forma, posto somente um *conceito do entendimento* pode ser incluído sob conceitos de direito".¹⁹² Portanto, para Kant "[...] a forma de *ter* alguma coisa como o que é *meu* consiste numa ligação meramente jurídica da vontade do sujeito com aquele objeto de acordo com o conceito de posse inteligível, independentemente de qualquer relação com ele no espaço e tempo".¹⁹³

¹⁹¹"[...] é possível a qualquer objeto externo de minha escolha ser estimado como juridicamente meu se eu tiver o controle dele [...] sem que tenha a posse dele. A possibilidade desse tipo de posse e, assim, a dedução do conceito de posse não empírica, se fundam no postulado da razão prática no que toca aos direitos: 'que é um dever de direito agir com os outros de sorte que o que é externo (utilizável) possa também se tornar de alguém'." (KANT, **Metafísica...**, p.92-93).

¹⁹²KANT, **Metafísica...**, p.98-99.

¹⁹³KANT, **Metafísica...**, p.99.

Quando Kant discorre sobre *direito de propriedade*¹⁹⁴ a separação do sujeito e da coisa, bem como a identificação do direito com aquele e não mais com esta se tornam ainda mais nítidas, pois para ele direito de propriedade não corresponde exatamente ao direito a uma coisa, mas sim o direito que "alguém tem contra um pessoa que está de posse dela em comum com todos os outros (na condição civil)".¹⁹⁵

Kant é, portanto, um dos filósofos fundamentais para compreender-se como o direito moderno é o resultado de um lento e crescente processo de abstração e construção de conceitos e categorias genéricas que tentam abarcar e simplificar a realidade.

O sujeito se separa do objeto, pois é um ser racional, transcendental – o conhecimento nada mais é do que o objeto sendo determinado por este sujeito dotado de categorias e conceitos *a priori*, livres da experiência.

O direito se separa da moral, na medida em que corresponde à legislação externa – determina as ações dos sujeitos sem perquirir suas motivações internas. O direito, então, é reduzido à legalidade e à forma. E, ainda, ao mesmo tempo, por ser composto apenas de conceitos puros da razão, o direito também se abstrai da realidade – ele não mais se identifica na objetividade e na faticidade, mas emerge da subjetividade e da consciência.

¹⁹⁴O problema da propriedade foi bastante discutidos pelos teóricos do direito natural. Suas teorias podem ser divididas em dois grupos, entre aqueles que a concebem como um direito natural e aqueles que determinam seu surgimento com o direito positivo do Estado. Kant, na verdade, defende uma posição intermediária. Para ele, a propriedade existe independentemente da instituição do Estado (sendo, portanto um direito natural), mas tal aquisição no estado de natureza é provisória, tornando-se peremptória apenas com a segurança do direito positivo do Estado. Para o autor, a aquisição originária da propriedade não se dá nem pelo contrato, nem pelo trabalho, mas pela ocupação: "[...] a aquisição original de um objeto externo e, por via de consequência, também de um pedaço de terra específico e separado, só pode ocorrer através do apoderamento (*occupatio*)" (KANT, **Metafísica**..., p.108).

¹⁹⁵Idem, ibidem, p.106.

E a vida, o que é a vida em Kant? Como afirma Otfried Hoffe, Kant "deixou de salientar os direitos da liberdade pessoal, sobretudo a integridade do corpo e da vida"¹⁹⁶. Segundo o autor, para Kant tais direitos (corpo e vida) não são direitos adquiridos, mas sim congênitos.

Todavia, a análise da vida em Kant parece ser muito mais trabalhada sobre o viés da moralidade do que sobre o viés da legalidade. Para ele, a vida, mais do que um direito é um dever, um dever moral, por cuja conservação o homem conserva sua personalidade, sua moralidade e sua humanidade. Para Kant, parece que o homem não tem apenas o direito de viver, mas sim o dever de viver – viver não é conservar um corpo e suas funções vitais, mas conservar a humanidade e sua dignidade que corresponde à capacidade de se autodeterminar pelas leis morais *a priori* da razão. Parece que a vida também sofre, portanto, uma abstração – a dignidade do viver não está nas condições concretas da vida, mas na sua mera conservação como dever moral, como uma decisão autônoma de seguir a lei universal, na qual a máxima de se terminar uma vida em que a morte parece um alívio não pode se transformar. Vida, para Kant, não é viver, mas, sim dever; sua conservação não é apenas um direito, mas uma obrigação moral.

Mas, diferentemente de Descartes, Kant não reduz os organismos vivos a máquinas. A compreensão e o estudo da teleologia¹⁹⁷ de Kant, ou seja, a conformidade a fins¹⁹⁸, e a sua relação com a Biologia passam a conferir aos organismos vivos um diferencial quando comparados à mera analogia mecanicista cartesiana. Assim,

¹⁹⁶HOFFE, op. cit., p.252.

¹⁹⁷Teleologia para Kant é a ciência referente à faculdade do juízo, cujo objeto são os produtos da natureza e suas causas; não pertence à doutrina, mas apenas à crítica da faculdade de juízo e, como possui princípios *a priori*, ela inicia um método que determina como se deve julgar a natureza segundo o princípio das causas finais (KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Trad. Valério Rohden e Antonio Marques. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2005. p.257-258).

¹⁹⁸"[...] efeito representado, cuja representação é ao mesmo tempo o fundamento de determinação da causa inteligente atuante, chama-se *fin*" (KANT, **Crítica da faculdade...**, p.266).

Kant rejeita tanto a teleologia universal do aristotelismo, segundo a qual a natureza toda é organizada finalisticamente, quanto rejeita um mecanicismo universal, segundo o qual também o ser vivo só pode ser apreendido completamente por asserções causais. Para Kant precisa-se de asserções teleológicas [...] A conformidade a fins objetiva é [...] um princípio de investigação que sobrepõe a Biologia à Física [...] para a investigação do ser vivo não basta o modo de investigação mecânico.¹⁹⁹

No desenvolvimento de seu conceito de conformidade a fins, específico para o orgânico, Kant investiga a complementação das asserções teleológicas e causais no ser vivo – tenta conciliar, portanto, o mecanicismo com a teleologia (conformidade de fins).

Segundo ele, os organismos vivos diferem-se das máquinas, pois são dotados de uma finalidade (os processos orgânicos têm um fim natural, que é, por exemplo, a autoconservação²⁰⁰), uma conformidade de fins interna.²⁰¹ Os organismos vivos se auto-organizam, diferentemente das máquinas, como o relógio, por exemplo:

Na medida [...] em que se reconhecem a reprodução, o crescimento e o autoconserto como características da auto-organização, eles parecem ser específicos de organismos, ainda que existam máquinas que fabricam ou consertam outras máquinas. Pois a máquina de fabricar não se reproduz a si mesma, mas 'cria' outras espécies de máquinas²⁰²

Esta conformidade a fins interna não pode ser verificada pela ciência de forma empírica e, neste ponto, estabelece-se uma antinomia – apesar de ser

¹⁹⁹HOFFE, op. cit., p.307.

²⁰⁰"Mesmo no que toca à mudança, à qual certos indivíduos das espécies organizadas estão subordinadas de forma contingente, quando se descobre que o seu mutável caráter se torna hereditário e é integrado na força de reprodução, não a podemos com razão ajuizar de outro modo, senão como um desenvolvimento ocasional de uma disposição conforme a fins, existente originalmente na espécie e com vista à preservação da mesma" (EMMANUEL, **Crítica da faculdade...**, p.261).

²⁰¹"[...] organismos são totalidades organizadas, cuja organização não é o efeito de uma causa externa, mas que, muito antes, se organizam a si mesmas." (HOFFE, op. cit., p.310).

²⁰²HOFFE, op. cit., p.311-312.

necessário integrar o mecanicismo com a teleologia esta união não é possível na realidade concreta, mas apenas como princípio supra-sensível.²⁰³

Assim, como conclui HOFFE, a conformidade a fins deve servir como uma idéia reguladora e não constitutiva, deve servir como princípio heurístico para a orientação da ciência e para a pesquisa causal, com o objetivo que esta não reduza os organismos vivos a meros processos físico-químicos, tornando-os comparáveis a máquinas.²⁰⁴

Dessa forma, percebe-se que Kant, assim como Descartes, cinde o homem em sujeito racional abstrato, transcendental – como consciência – e organismo vivo. A diferença é que para Descartes este organismo vivo nada mais é que uma máquina que funciona segundo uma causalidade mecânica e, em Kant, estas causas funcionam não apenas pela força mecânica, mas também por uma força interna dotada de uma finalidade determinada, que apesar de o homem ser incapaz de captar, deve orientar todo estudo que se faz da natureza de acordo com esta conformidade a fins – afirmando, assim, a superioridade do homem em relação às máquinas.

Esse é o processo de abstração do sujeito (e, conseqüentemente, do direito) que separa o homem de sua própria vida concreta e, ironicamente, de sua humanidade. O distanciamento da realidade tanto do sujeito, transformado em abstração intelectual, como do direito, reduzido à legalidade e à forma, terá conseqüências prejudiciais ao homem, que apenas na teoria deixou de viver concretamente.

²⁰³"O princípio que deve tornar possível a unificação de ambos no ajuizamento da natureza segundo os mesmos, tem que se colocar naquilo que fica fora deles (por conseguinte também fora da possível representação empírica da natureza), mas contém o respectivo fundamento, isto é, deve ser colocado no supra-sensível e cada uma destas espécies de explicação deve ser com aquele relacionada [...] não desistir desta tentativa pelo fato de, *em si* ser impossível por essa via encontrar a conformidade a fins da natureza, mas somente porque para *nós*, como seres humanos, tal é impossível. Na verdade, para isso seria necessária uma outra intuição, diferente da sensível, e um conhecimento determinado do substrato inteligível da natureza, do qual pudesse ser dado um fundamento do mecanismo dos fenômenos segundo lei particulares, coisa que ultrapassa completamente toda a nossa faculdade." (KANT, **Crítica da faculdade...**, p.253-259).

²⁰⁴HOFFE, op. cit., p.314-315.

O próximo item se encarregará de demonstrar exatamente o processo de formalização e legalização do direito, ou melhor, a culminação do seu processo de racionalização, como diria Max Weber, mais especificamente uma racionalização formal: o historicismo e suas contradições, o positivismo jurídico, a transferência da origem dos direitos subjetivos no Estado, e todo o processo de codificação, que simbolizou o ápice de todo este processo de abstração do direito e do seu sujeito, o sujeito de direito.

2.6 HISTORICISMO E SUAS CONTRADIÇÕES

Enquanto na França se vê formar um forte Estado de direito e se testemunha o processo de codificação das normas jurídicas a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem, e inseridos nestes fenômenos, a valorização da figura do legislador, a afirmação do império da lei sobre todas as demais fontes, na Alemanha verifica-se um processo diverso, na verdade uma reação aos ideais jusnaturalistas, próprios de uma nação que ainda não havia unidade política, ou seja, de um povo sem Estado unificado. A Alemanha recusava-se a aceitar o Estado como o monopolizador do poder político e jurídico da sociedade. O Estado era visto como o reflexo de um universalismo e artificialismo, fruto de um contrato idealizado realizado por sujeitos dotados de uma razão a-histórica.²⁰⁵

Os ideais jusnaturalistas, orientados por uma moral prática, inspiradores da Revolução e da Declaração afirmavam um homem universal, dotado de natureza racional e direitos inatos; defendiam a supremacia da lei declarada pelo legislador, que simbolizava a vontade geral, contra todo e qualquer tipo de arbítrio, enfim, ideais que refletiam uma reação a toda estrutura de valores e de funcionamento do Antigo Regime, em que a sociedade estava dividida por estamentos, o indivíduo era concebido pela pertença a um destes estamentos e o povo estava sujeito ao arbítrio das classes

²⁰⁵HESPANHA, **Cultura...**, p.271.

privilegiadas. A universalidade da natureza humana, a igualdade e a liberdade são afirmadas em reação aos valores hierárquicos e patriarcais da sociedade, do poder e do direito do Antigo Regime, e tentam fundar uma ordem totalmente nova, rompendo com todo o passado, como se esta nova realidade surgisse independentemente de qualquer continuidade histórica em relação ao período anterior, considerado como "período das trevas".

O Historicismo e a Escola Histórica surgem precisamente na Alemanha, no final do século XVIII e começo do século XIX, paralelo às conquistas jusnaturalistas na França e aparecem como um movimento que reconhece a ruptura histórica ocorrida neste período, e por nascer dotado de tal consciência afirma a necessidade de reconhecer-se a importância da história no desenvolvimento do homem, da sociedade e de todas as suas instituições.

O historicismo passa a conceber a necessidade de uma historização do homem e do mundo. Para os historicistas, o homem não "é" simplesmente, mas é constituído constantemente pelos acontecimentos históricos.²⁰⁶

Negando a universalização jusnaturalista o historicismo valoriza o individual, o que há de particular em cada cultura, em cada povo, seus valores, costumes, suas categorias, sua própria história e, portanto, seu próprio direito (há uma valorização do direito consuetudinário).²⁰⁷

²⁰⁶*"El XVIII había sido el siglo de la naturaleza: el Derecho natural, la religión natural, la política natural, el hombre natural era las ideas de moda. El XIX es el siglo de la Historia."* Tradução livre de: "O século XVIII havia sido o século da natureza: o Direito Natural, a religião natural, a política natural, o homem natural eram as idéias da moda. O século XIX é o século da História." (PELÁEZ, Francisco J. Contreras. **Savigny y el historicismo jurídico**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p.23).

²⁰⁷Por valorizar cada cultura em si mesma, o historicismo rechaça a idéia de progresso histórico, de evolução num sentido ascendente. Critica assim a arrogância ilustrada que compreende sua própria época como o ápice de tal evolução.

No âmbito do direito a Escola Histórica concebe as codificações jusnaturalistas como uma decadência do desenvolvimento do direito (principalmente do direito civil).²⁰⁸ A fixação de normas congela o desenvolvimento natural do direito que, assim como o homem, é fruto da dinâmica histórica.

A Escola Histórica compreende que não há direitos universais, pois o homem não é universal. Contra os jusnaturalistas, negam, portanto, a possibilidade de um sistema jurídico *a priori*. Cada povo tem seu próprio direito, que nasce de suas contingências e necessidades históricas. Assim, direito é o direito positivo de cada povo e surge exatamente do *espírito do povo (Volksgeist)*,²⁰⁹ de suas manifestações culturais e não da vontade racional do legislador.

Um dos principais autores dessa escola foi Savigny (apesar de algumas contradições em sua teoria que oportunamente serão mencionadas). Este autor valoriza sobremaneira a noção de cientificidade do direito e tem em vista conferir à ciência jurídica autonomia sistemático-metódica. Assim, para compreender o direito, ele integra à perspectiva histórica uma perspectiva sistemática – como expõe Karl

²⁰⁸"O racionalismo iluminista parece ter atraído numa cristação o seu próprio núcleo mais característico. No seu apogeu, ele tinha acabado com grande à vontade com uma tradição de injustiça, tinha desmascarado a superstição das bruxas, abolido a tortura, acabado com as formas cruéis de execução, posto de parte as penas corporais e infamantes, e com a reforma do direito penal e do processo penal, erguido bem alto o estandarte da humanidade. Menos notórios e inequívocos foram os méritos do direito privado jusnaturalista. Aqui, um racionalismo menos atento e superficial não só socavou freqüentemente uma consciência jurídica afeiçoada pela tradição – mas viva – e a racionalidade do existente, mas bloqueou ainda o desenvolvimento futuro do jusnaturalismo através de uma espécie de monopólio estadual do direito natural. A anti-historicidade deste racionalismo comprometeu também a história futura, ou seja, o futuro destes povos." (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p.399).

²⁰⁹Entendendo-se povo como algo mais que a mera soma dos indivíduos. A idéia *espírito do povo* carrega em si uma independência em relação às partes que o integra, como se fosse um conceito vivo. O povo é uma unidade natural produtora do direito.

Larenz, a Ciência do Direito é ao mesmo tempo, para ele, uma ciência histórica e uma ciência filosófica, entendendo-se filosófico como sinónimo de sistemático.²¹⁰

Para Savigny, o povo é o sujeito em que e para quem o direito existe. Todavia, segundo o autor, com a evolução dos povos as funções vão se especializando e o direito passa a ser produzido por um grupo específico de profissionais: os juristas. Estes passam a representar o povo na tarefa de elaborar o direito, que passa de Direito Popular a ser um Direito Científico.

Para Savigny, a complexificação da vida e das relações sociais exige que o direito seja produzido por especialistas ganhando assim um refinamento científico. Os juristas apreendem o direito e o reformulam cientificamente modelando-o em conceitos determinados. Esta reformulação é uma verdadeira criação, o que torna, para o autor, a ciência jurídica uma verdadeira fonte de direito.

Dessa forma o que acaba ocorrendo é a transposição da idéia de um direito integrado organicamente às forças sociais, para a idéia de um direito científico especializado e enclausurado em conceitos técnico afastados da realidade e da vida. Parece razoável Peláez quando afirma ter Savigny sido tributário de um direito popular-consuetudinário apenas por razões de oportunidade, em virtude da moda historicista da Alemanha do século XIX, e que, portanto, sua verdadeira concepção de direito deve ser buscada para além desta retórica.²¹¹

Savigny era contra a codificação²¹². Para ele a Alemanha ainda não estava pronta para a unificação do direito, uma vez que nela ainda não existia unidade política.

²¹⁰LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Trad. José Lamego, revisão Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p.9-10.

²¹¹PELÁEZ, op. cit., p.85.

²¹²"[...] *el Código fué redactado, y sería un grande error pensar que fuese una obra nueva, creada por inspiración revolucionaria de ciertos espíritus sabios; los redactores del proyecto, como los consejeros de Estado, tomaron de la antigua jurisprudencia sus principios y sus faltas*" Tradução livre de: "[...] o Código foi redatado e seria um grande erro pensar que foi uma obra nova, criada pela inspiração revolucionária de certos espíritos sábios; os redatores do projeto, como os conselheiros de Estado, tomaram da antiga jurisprudência seus princípios e faltas" (SAVIGNY, M. F. C. **Sistema del Derecho romano actual**. 2.ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1875. Tomo 2. p.10).

Aliás, antes da unidade política a Alemanha, para o autor, deveria empreender uma unificação educativo-cultural.²¹³

Na verdade, para o autor a codificação sempre é nociva (independentemente do momento histórico) e a legislação supérflua. Ele teme que a codificação empobreça a jurisprudência e o nível científico-cultural dos juristas – "A obsessão de Savigny, portanto, é salvaguardar a cientificidade da jurisprudência"²¹⁴.

Como, segundo o autor, o direito é resultado das forças internas que atuam na sociedade, o verdadeiro criador do direito é o espírito do povo (pelo menos retoricamente é o que afirma), e não a vontade do legislador. Savigny rechaça a identificação do direito com a lei estatal e em lugar do Direito Legislativo defende a afirmação de um Direito Científico (contradição apontada por Peláez, pois pela lógica da Escola Histórica o que se espera que Savigny afirme no lugar do Direito Legislativo é o Direito do Povo, Direito Popular). Havendo um rico e desenvolvido direito científico, a legislação torna-se desnecessária e se existe é apenas para complementá-lo.

Essa preocupação com a cientificidade do direito em Savigny é marcante e é refletida em sua valorização da idéia sistemática do direito, que, como se pôde observar, sobrepõe-se à perspectiva histórica deste.

Savigny era um romanista²¹⁵ e sua paixão pelo direito romano, afirmado por ele como *ratio escripta*, expõe-no a mais uma de suas contradições apontadas

²¹³É bastante famoso o debate entre Savigny e Thibaut sobre a codificação. Este último mostrava-se a favor da codificação para o Estado Alemão, enquanto Savigny via nela uma pretensão falsa e desmedida de fixar o sistema jurídico num texto escrito e uma imitação humilhante em relação aos franceses.

²¹⁴PELÁEZ, op. cit., p.120.

²¹⁵A Escola Histórica era formada por romanistas e germanistas. Os primeiros defendiam a forte influência e contribuição do Direito Romano para a ciência jurídica e a sua relevante integração com o direito germânico. Já os germanistas defendiam a peculiaridade do direito germânico, afirmando a força de um direito nacional, próprio do povo alemão e também dotado de cientificidade, entendendo como invasão estrangeira a recepção do direito romano. Como expõe Franz Wieacker, no início da Escola Histórica estas duas correntes estavam unidas em razão do mesmo objetivo: a unidade da nação cultural e política. Com a mudança de orientação operada por Puchta e Beseler, do romantismo histórico para o positivismo científico e do romantismo do espírito do povo para as propostas nacionalistas, respectivamente, as divergências tornaram-se inconciliáveis (WIEACKER, op. cit., p.469-470).

por Peláez, pois uma vez que se apresentava como um defensor do direito pátrio, próprio do povo alemão, parece estranho aceitar a recepção de um direito não alemão, qual seja, o tão idolatrado direito romano.²¹⁶

Savigny concebia o direito romano como algo suprahistórico, como uma verdade jurídica. Para ele, os conceitos jurídicos romanos funcionam como arquétipos atemporais que são "descobertos" pelos juristas, o que implica entendê-los como conceitos *a priori*. Segundo Peláez, esta concepção entrega Savigny a um verdadeiro *platonismo*, denunciando, portanto, uma espécie de continuidade entre o jusnaturalismo e a Escola Histórica.²¹⁷

Como expõe o autor, a tendência jusnaturalista de Savigny estava no fato de ele conceber o direito romano como *ratio scripta*, ou seja, um verdadeiro Direito Natural historicizado, bem como no fato de conferir ao direito uma dimensão ética. Influenciado por Kant e sua noção de direito desvinculado da moral, Savigny acreditava

²¹⁶"La devoción romanista de Savigny es uno de los aspectos más paradójicos de su pensamiento y de su personalidad intelectual. En efecto, el lector desprevenido que se asome a su obra sólo a través de la emblemática *Sobre la vocación...* tenderá a representarse a Savigny como un jurista fervientemente nacionalista, empeñado en preservar las esencias jurídicas patrias frente a influencias extranjeras o cosmopolitas. Quien se tome en serio la retórica populista-nacionalista de *Sobre la vocación...* imaginará una Escuela Histórica germanista y, en esa medida, hostil a cualquier Derecho no germánico, empezando, lógicamente, por el más influyente de todos: el Derecho romano. Pero cuando se examina el resto de la obra de Savigny, estas expectativas naturales se ven pacíficamente gestado en la conciencia popular, etc., no es otro que... el Derecho de las Pandectas. Si los juristas alemanes del siglo XIX son clasificables en un bando romanista y otro germanista, Savigny e Puchta figuran indiscutiblemente en las filas romanistas." "A devoção romanista de Savigny é um dos aspectos mais paradoxais de seu pensamento e de sua personalidade intelectual. De efeito, o leitor desprevenido em relação ao que se aponta na sua obra somente através da emblemática *Sobre a vocação...* tenderá a representar Savigny como um jurista fervoroso nacionalista, empenhado em preservar as essências jurídicas pátrias frente a influências estrangeiras ou cosmopolitas. Quem toma a sério a retórica populista-nacionalista de *Sobre a vocação*" imaginaria uma Escola Germanista e, nesta medida, hostil a qualquer Direito não germânico, começando, logicamente pelo mais influente de todos: o Direito romano. Mas, quando se examina o resto da obra de Savigny, estas expectativas naturais se vêem frustradas: resulta que, no caso alemão, o direito popular-orgânico pacientemente gestado na consciência popular, etc., não é outro que... o Direito das Pandectas. Se os juristas alemães do século XIX são classificados em um bando de romanistas e outro germanistas, Savigny e Puchta figuram indiscutivelmente nas fileiras romanistas." (PELÁEZ, op. cit., p.87).

²¹⁷PELÁEZ, op. cit., p.99.

que o direito apesar de não conter a moral, sendo dela, portanto, algo distinto, está ao seu serviço. Assim como em Kant, para ele a ordem jurídica é um instrumento para a realização da autonomia da vontade, na medida em que torna compatível o espaço de liberdade de cada um em relação a todos.²¹⁸

Um conceito jurídico fundamental em Savigny é justamente sua noção de direito subjetivo, que está vinculado exatamente a esta noção de vontade. Sua definição de direito subjetivo é inclusive muito parecida com a definição de direito dada por Kant. Para Savigny, direito subjetivo é:

[...] todo poder reconhecido ao indivíduo pelo direito objetivo a fim de lhe garantir um domínio onde a sua vontade reine independentemente de qualquer vontade alheia e para que assim, o desenvolvimento paralelo dos indivíduos encontre independência e segurança.²¹⁹

Muito interessante é a posição do autor quanto ao direito que o homem tem em relação a si mesmo. Para Savigny, o homem não tem propriedade de sua própria existência, de seu corpo e seus membros, pois se assim fosse o suicídio estaria legitimado.

Uma vez que Savigny trabalha com a idéia de sistema de direito, ele pressupõe que este sistema seja dotado de elementos, e estes elementos para ele são os conceitos fundamentais que desencadeiam, por dedução lógica, os demais, estruturando assim um sistema lógico, coeso e sem lacunas. Para Savigny, este sistema é formado por três elementos principais: as normas, as relações e as instituições jurídicas.

As diferentes instituições jurídicas²²⁰, extraídas das relações orgânicas da sociedade, como a propriedade, o casamento, são regidas por aspectos comuns

²¹⁸SAVIGNY, M. F. C. **Traité de Droit Romain**. Paris: Librairie de firm Didot frères, 1855. p.322.

²¹⁹EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976. p.30.

²²⁰O conceito indistinto de instituição põe muitas questões à interpretação moderna. Apenas fica nítido como ele surge da necessidade sentida por Savigny de uma concepção harmônica e unitária da ordem jurídica. Mas, por outro lado, a sua compatibilização com a compreensão kantiana do direito subjetivo e da autonomia das partes requer ainda ulteriores esclarecimentos. E, por outro lado,

(capacidade jurídica, modos de extinção e constituição, proteção e modificação dos direitos subjetivos). Estes passam a ser considerados como conceitos gerais e abstratos a serem aplicados a todas as instituições – supraconceitos, portanto, que se tornam verdadeiras ferramentas científicas facilitadoras da compreensão e aplicação do direito.

Assim, a realidade histórica é inserida numa construção conceitual: o homem vira sujeito de direito, sua liberdade de agir segundo o direito, direito subjetivo, suas relações intersubjetivas se tornam relações jurídicas... e o jurista torna-se não mais um leitor da realidade social, mas o cumpridor de uma tarefa lógica-dedutiva, subsumindo o fato à norma²²¹.

Essa obsessão pela idéia de sistema e por uma construção de conceitos que abarquem toda a realidade é ainda mais desenvolvida por Puchta, discípulo de Savigny, com a chamada Jurisprudência dos conceitos ou pandectística. Este autor propõe uma "genealogia dos conceitos" que corresponde à idéia de uma "pirâmide" de conceitos, na qual o vértice corresponde ao conceito mais geral, podendo sempre os elementos da base caminhar até ele eliminando, assim, o que há de particular em cada caso – "o jurista deve seguir de cima a baixo a descendência de cada conceito através de todos os elementos que têm parte na sua formação."²²²

Dessa forma, segundo Puchta, os conceitos inferiores são determinados pelos superiores – tudo o que se afirma sobre estes deve valer para aqueles

manifestam-se contradições na ligação das relações jurídicas e das instituições à realidade social subjacente: elas aparecem tanto como o 'originário conformador natural' das relações humanas fundamentais, tanto como a tipificação abstrata-jurídica, tanto como figuras metodológicas de uma formação indutiva e mais complexa de sistema [...] A actual interpretação crê reconhecer que, com as instituições, Savigny não significa ideais ou tipos de realidade social, mas generalizações jurídicas. O seu 'caráter orgânico' não significa a coerência real e o carácter ordenado das manifestações sociais, mas um postulado jurídico-teórico, ou seja, o carácter complexo e produtivo do pensamento conceitual da ciência jurídica. Isto representaria uma última limitação da tentativa de conformação da matéria jurídico-vital numa unidade espiritual e, ao mesmo tempo, o limite absoluto da historicidade e, portanto, referência à realidade na ciência jurídica historicista de Savigny." (WIEACKER, op. cit., p.454).

²²¹A subsunção é a relação, o "encaixe" de uma premissa menor (fato) a uma premissa maior à norma, a partir de um raciocínio silogístico.

²²²WIEACKER, op. cit., p.457.

necessariamente. O conceito superior, por sua vez, é determinado, segundo o autor, pela Filosofia do Direito – ponto de partida para a construção do sistema organizado logicamente. Este *a priori* presente na filosofia do direito resume-se basicamente à idéia de liberdade kantiana, pois é deste que Puchta deduz o conceito de sujeito de direito como pessoa ética e de direito subjetivo como poder jurídico de uma pessoa sobre uma coisa.²²³

O problema apontado por Larenz é que muito embora Puchta deduza o conceito supremo da filosofia (e esta num sentido ético), na medida em que estes conceitos vão se especificando (em direção à base da pirâmide), o conteúdo ético vai se esvaziando até tornar-se insignificante, o que implica a desconexão do instituto jurídico com sua significação e escopo social, sendo avaliado, portanto, apenas como uma parte, de importância menor, da pirâmide dos conceitos a qual integra.²²⁴

Com ele, portanto, como afirma Wieacker, o formalismo conceitual da pandectística se impõe, pois a legitimidade da norma não está mais no fato de ela corresponder à realidade fática, mas em sua correção sistemática e em sua verdade lógica. A preocupação do jurista é garantir a cientificidade do direito, ou seja, o rigor conceitual, livre de qualquer consideração a respeito da justiça material (o que lembra, mais uma vez, o formalismo kantiano, segundo o qual ao direito não cabe determinar padrões éticos, mas apenas garantir às pessoas seu espaço de liberdade para que nele ajam de maneira ética). Assim, como afirma Wieacker, é "[...] introduzido o processo [...] de deduzir a norma e a decisão jurídicas a partir do conceito, em vez de, pelo contrário, produzir o sistema e os conceitos através de indução a partir das normas jurídicas, das decisões jurisprudenciais e das valorações sociais [...]"²²⁵

²²³LARENZ, op. cit., p.23.

²²⁴LARENZ, op. cit., p.23.

²²⁵WIEACKER, op. cit., p.460.

Como também aponta Larenz, Puchta abandona a relação que Savigny fazia entre as regras jurídicas e o instituto jurídico, tendo em vista apenas a construção do conceito abstrato:

Se em Savigny ainda permanecia em aberto o problema de saber se com as suas instituições se significava manifestações reais ou, pelo contrário, tipos ideais da vida em comum dos homens, aqui toda a dúvida se desfaz e resulta claro que o conceito científico se desligou da vida e apenas tem uma exigência intelectual. Assim tornou-se inevitável o alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais do direito e foi conduzido à vitória o formalismo com o qual se chegou a uma renovação da ciência jurídica, renovação que inicialmente tinha surgido como uma reação contra o racionalismo formal jusracionalista.²²⁶

O direito se produz por meio da dedução lógica – novas normas podem ser deduzidas dos conceitos, não havendo, portanto, lacunas. Assim, o jurista tem o monopólio da produção jurídica e a ciência do direito se torna uma verdadeira fonte.

Esse processo lógico dedutivo da Jurisprudência dos conceitos consolida o formalismo jurídico que irá prevalecer durante todo o século XIX e que será um dos ingredientes fundamentais do positivismo jurídico.

A Pandectística, como afirma Hespanha, individualista (pois seus dogmas eram o primado do direito subjetivo, a autonomia da vontade, a propriedade absoluta), relativista e formalista conferiu a neutralidade do direito que os projetos da burguesia alemã exigia. Por preocupar-se apenas com a forma (forte influência de Kant, como se viu), abriu brechas ao exercício da liberdade isenta de conteúdo axiológico e bastante flexível e perspicaz para a lógica do capital e, ironicamente, foi a inspiração da elaboração do Código alemão de 1900.²²⁷

A partir do historicismo buscou-se a relação entre dever ser e ser histórico, entre norma e realidade social. Todavia suas idéias não tiveram tais efeitos e ao longo do século XIX a materialidade do direito foi esvaziada pelo predomínio do formalismo

²²⁶WIEACKER, op. cit., p.457-458.

²²⁷HESPANHA, *Cultura...*, p.280-281.

jurídico e dos seus conceitos abstratos. O processo de construção do direito moderno teve um salto significativo pelo enriquecimento de seus conceitos, do ponto de vista "científico", mas perdeu em conteúdo e justiça. A abstração do homem, da vida e do direito foi efetivada, e o vício de pensar-se o direito enclausurado em conceitos permanece até hoje. Se a complexificação da sociedade outrora exigiu a simplificação do direito para tentar melhor compreendê-la, hoje tal complexidade foge do alcance destes velhos conceitos e arquétipos modernos. A realidade não é mais a mesma e, portanto, o direito também não deve sê-lo.

Como bem afirma Peláez, muitos historiadores entendem o historicismo como uma doutrina intermediária entre o jusnaturalismo e o positivismo. Embora por ele negados, herdou muitos aspectos do primeiro e contribuiu com a afirmação do segundo, na medida em que combatia o direito natural e deu as bases à sedimentação do formalismo jurídico, processo que o positivismo jurídico conferiu ainda mais eficiência, muito embora destacando mais a força do Estado do que a riqueza científica das normas de direito.²²⁸ Na verdade, uma idéia em comum une estas três doutrinas: a idéia de sistema e a vocação sistemática da ciência jurídica.

Analisado o historicismo e a pandectística, fenômeno dele decorrente, grande responsável pela elaboração dos grandes arquétipos modernos, cabe agora analisar, rapidamente, a filosofia positivista e o processo de codificação, que desde o século XIX fez com que o direito, na maioria das vezes, fosse confundido e reduzido à lei, sendo, portanto, mais um dos grandes responsáveis pela abstração do direito moderno e seu afastamento da concretude da vida cotidiana, uma vez que enrijecido em normas escritas.

²²⁸PELÁEZ, op. cit., p.106.

2.7 CODIFICAÇÃO E POSITIVISMO LEGALISTA

A formação de um Estado de Direito e a monopolização da produção jurídica por este fez parte da mentalidade de grande parte dos juristas da época (final do século XVIII e século XIX) na Europa, principalmente na França, em razão da Revolução Francesa e da Declaração dos direitos do homem – o pluralismo jurídico feudal é substituído pelo monismo estatal. É a era das codificações e da consolidação do direito em um texto rígido, conferindo assim maior segurança e previsibilidade ao direito.

Vários Estados europeus assumem reformas legislativas: Áustria, Portugal, mas, sobretudo na França este fenômeno foi mais marcante e por sua significação sua influência expandiu-se por toda Europa e até mesmo para fora do continente.

Com os racionalistas do século XVIII já se tem a teorização da onipotência do legislador, da força absoluta da lei, todavia a idéia de direito natural ainda é bastante forte, não havendo se consolidado, portanto, o positivismo, o qual reduz o direito ao direito posto, negando, portanto, a idéia de um direito ideal (direito natural).

Essa idéia de direito como direito positivado é um dos efeitos da doutrina positivista que se expandia em vários âmbitos do conhecimento. A evolução das ciências naturais e do seu método de observação das coisas e valorização da realidade empírica e do fato dado, posto, objetivo, também refletiu na área do direito que passou a almejar uma dignidade científica, reduzindo seu objeto ao direito posto, positivado.²²⁹ Assim, direito se desvincula da teologia e da moral (como eram

²²⁹Como afirma Hespanha, segundo um viés histórico, como na Escola Histórica, direito é o que está nas instituições, na vida, e na história do povo (positivismo histórico); a partir de uma perspectiva sociológica, direito é o que está presente nas relações sociais, nos fatos sociais (positivismo sociológico, naturalismo); de acordo com os conceitualistas, positivo são os conceitos genéricos e abstratos (positivismo conceitual); e, por fim, de acordo com os legalistas, o direito se reduz à lei. Na verdade, todas estas correntes assumem o "rótulo" positivista por privilegiarem o fato em detrimento de elementos metafísicos e transcendentais e pela forte preocupação com o caráter científico daquilo que propunham. Na realidade, a Escola Histórica, como se pôde observar, e o naturalismo, são movimentos totalmente diversos da doutrina positivista que reduz o direito à lei determinada pela vontade do legislador desenvolvida principalmente a partir dos fenômenos da codificação, e é esta idéia de positivismo jurídico a ser trabalhada neste item. (HESPANHA, **Cultura...**, p.265)

as teorias jusracionalistas) e, em contraste ao direito natural, universal, imutável e determinante do bom e do mau, o direito positivo se afirma como particular, mutável e determinante do que é útil e inútil.²³⁰

Segundo Norberto Bobbio, "da codificação começa a história do positivismo jurídico verdadeira e propriamente dito."²³¹

A codificação, apesar de ter sido o resultado das batalhas dos jusracionalistas do século XVIII, inspirados pelos ideais iluministas,²³² acabou destes se afastando. Os primeiros projetos do Código francês ainda guardavam um caráter jusracionalista (tentativa de um direito simples, unitário), mas aos poucos este foi se perdendo, e o código acabou condensando a tradição francesa do direito comum.²³³

²³⁰"[...] o positivismo na ciência do Direito, bem como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo seu empenho em banir toda a 'metafísica' do mundo da ciência e de restringir rigorosamente esta última aos 'factos' a às leis desses factos, considerados empiricamente [...] A ciência do Direito será assim erigida em 'verdadeira ciência' enquanto, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre factos indiscutíveis." (LARENZ, op. cit., p.41-43). Ainda, "O positivismo científico do século XIX deve distinguir-se de outras espécies de positivismo: a um lado, o positivismo *legalista* – a concepção continuamente combatida, mas apesar de tudo dominante na prática jurídica, de que todo o direito é criado pelo legislador estadual e consiste nos seus comandos; a um outro, do positivismo científico em geral, elevado nos meados do século por Comte a uma filosofia geral, ou mesmo a uma religião, positivismo que limita as possibilidades de explicação do mundo à observação e organização científica dos factos físicos, sociais e psicológicos. O positivismo científico [...] só tem de comum com os outros dois a recusa de uma fundamentação metafísica do direito e o reconhecimento da autonomia absoluta da ciência especializada. Contudo, não pode ser confundido com eles ou, muito menos, posto ao mesmo nível; uma vez que deriva do formalismo gnoseológico de Kant, ele seria muito mais exactamente designado por *formalismo* científico" (WIEACKER, op. cit., p.493).

²³¹BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p.32.

²³²"Os iluministas consideraram possível e necessário substituir o acúmulo de normas consuetudinárias por um direito constituído por um conjunto sistemático de normas jurídicas deduzidas pela razão e feitas valer através da lei. O movimento extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista, já que à idéia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado." (BOBBIO, **O positivismo**..., p.55).

²³³"O projeto definitivo abandonou decididamente a concepção jusnaturalista [...] o último resíduo de jusnaturalismo, representado pelo art. 1.º do Título I [...] foi eliminado depois de uma tórrida discussão no Conselho de Estado. O Código de Napoleão representa, na realidade, a expressão orgânica e sintética da tradição francesa do direito comum." (BOBBIO, **O positivismo**..., p.72).

Mas o que interessa aqui ressaltar é que com a codificação a idéia da lei como fonte (principal) do direito e a onipotência do legislador (a autoridade de sua vontade) se afirmam moldando a doutrina do positivismo legal (ou legalismo). Normas jurídicas são apenas aquelas emanadas do poder legislativo, e, portanto, do Estado – o direito estatal é o único ordenamento normativo válido. Como afirma Paolo Grossi, o jusnaturalismo acabou desembocando no mais agudo positivismo jurídico, sendo o código "reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desses ou daquele Estado."²³⁴

Aos poucos o positivismo vai assentando sua doutrina, dessacralizando o direito natural e relegando-o apenas à filosofia do direito.²³⁵ A ciência do direito estuda a norma positivada, portanto a lei, que se torna a principal fonte porque dotada de duas características fundamentais: a generalidade, uma vez que disciplina o comportamento não de uma pessoa em particular, mas de uma classe de pessoas, o que corresponde à igualdade formal e, abstração, visto que diz respeito não a uma ação em particular, mas a uma categoria de ações, o que por sua vez consiste na certeza jurídica. Estas duas características, igualdade formal e certeza, colocam a lei, para os positivistas, como fonte suprema e absoluta do direito.

O estudo do direito passa a limitar-se à leitura e interpretação passiva dos códigos (Escola da Exegese, na França). Ao juiz cabe apenas aplicar aquilo que está determinado no código, pois qualquer manifestação criativa de sua parte corresponde a uma invasão do poder legislativo, ou seja, uma infração ao princípio da separação de poderes e ao primado da segurança e previsibilidade jurídica.

²³⁴GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.114.

²³⁵"O jusnaturalismo correspondia, sobretudo no fim do século XVIII, à teoria de que necessitava a burguesia ascendente para criticar a feudalidade e transformar a sociedade que se opunha ainda à sua dominação. O positivismo será a partir da codificação napoleônica (de que é uma manifestação e não uma causa), a teoria de que tem necessidade uma burguesia que se tornou dominante no sistema sociopolítico" (MIALLE, op. cit., p.44).

Como o positivismo jurídico busca afirmar o direito como uma ciência, assim como as ciências naturais, a ciência do direito positivista retira deste todo conteúdo axiológico, desvinculando dele, portanto, todo e qualquer tipo de juízo de valor (que é tido como subjetivismo, o que retira a objetividade, critério fundamental para a cientificidade, a qual permite apenas juízos de fato). Dessa forma, não se perquire se uma norma é justa ou injusta, mas apenas se é válida ou inválida. Os critérios de justiça e validade são totalmente diferentes para o positivista – para ele uma norma injusta pode ser válida e vice-versa. A injustiça, portanto, não exclui a juridicidade da norma – o direito, assim, é neutro. Isto reflete, como já se afirmou, um excesso de formalismo, pois o direito é definido apenas de acordo com critérios formais, prescindindo-se de qualquer elemento material e valorativo.

Uma outra característica fundamental é a relação do direito com a coação – o direito é um instrumento de coação, como já afirmara Kant, quando o distinguia da moral que, por sua vez, não é coercitiva. O direito, assim, estabelece o uso legítimo da força, determinando quando, como e quem pode utilizá-la e em que medida.

Também é bastante forte na doutrina positivista a idéia de sistema, e, este sistema é visto como uma construção lógica, coerente, fechada e sem lacunas – unidade, coerência e completude, portanto. Esta unidade, destaca Bobbio²³⁶, é totalmente diferente da unidade sistemática defendida pelos jusnaturalistas. Segundo o autor, enquanto estes defendiam uma unidade material, o positivismo afirma uma unidade meramente formal – não existem normas antinômicas e as lacunas são apenas aparentes, pois as normas se completam no interior do próprio sistema, ou buscando o recurso da analogia ou recorrendo aos princípios gerais – o sistema é fechado, uma vez que a ciência jurídica é autônoma e independente dos demais ramos do conhecimento e da própria realidade.

Dessa forma, o juiz jamais pode criar o direito, mas apenas interpretá-lo, pois ainda que não explicitamente, a resposta está no interior do próprio sistema.

²³⁶BOBBIO, **O positivismo...**, p.199.

Aqui impera também o formalismo jurídico e a sua dogmática, na medida em que se estabelecem certos conceitos gerais e a partir deles, por dedução lógica, extraem-se as normas para se resolver todos os casos possíveis, ainda que não explicitamente previstos. Trata-se do famoso método da subsunção do fato à norma, do ser ao dever ser, tornando-se o juiz um mero autômato, cuja função se aproxima mais da matemática do que de um jurista propriamente dito – o jurista torna-se um técnico do direito.²³⁷

O positivismo (seja em sua forma histórica, sociológica ou legalista, como abordado neste item) teve grande influência na construção do direito moderno. Curioso notar que, muito embora negue qualquer transcendência ao direito, reduzindo este a fato dado e objetivo, algumas das consequências de sua doutrina foram, justamente, a abstração do direito e o formalismo excessivo, que acabaram, paradoxalmente, afastando o direito do fato, ou seja, o direito da realidade social. Como afirma Michel Mialle, o real torna-se real jurídico – do caso concreto passa-se para as questões de direito, apresentam-se soluções de direito para, finalmente, regressar-se ao real.²³⁸

Essa abstração obviamente foi alvo de inúmeras críticas por ter sido apontada como responsável pelas injustiças do sistema capitalista. Um direito abstrato e baseado em ficções, que garante uma igualdade formal, afastado da sociedade, alheio e alienado às desigualdades sociais, serviu de instrumento para a burguesia capitalista reduzir a realidade a uma realidade de trocas, excluindo dela grande parte da sociedade

²³⁷"O próprio Estado de direito burguês respondia à relação entre Estado e sociedade com um restrição do poder político o domínio da ordem jurídica civil. Esta restrição de poder significou necessariamente uma recusa de poder ao juiz: *pouvoir neutre, pouvoir nulle*. Ao vincular o juiz a princípios científicos estabelecidos, comprováveis e aprovados pela opinião pública, o Estado de direito desviava também do domínio da jurisprudência os interesses sociais e econômicos contraditórios da sociedade liberal, sociedade cujo princípio de funcionamento é a contraposição regulada de interesses. Deste modo, o positivismo realizou precisamente a regra do jogo desta sociedade, nomeadamente a arbitragem de acordo com uma regra formal (em vez da arbitragem pela decisão política) e tornou-se no representante da justiça numa época em que uma consciência do direito comum a todos já não existia." (WIEACKER, op. cit., p.502).

²³⁸MIALLE, op. cit., p.181.

e em que o verdadeiro sujeito não é o homem, mas o capital.²³⁹ Como afirma Paolo Grossi, o Código fala apenas para uma classe – a burguesa – e ao coração dos proprietários.²⁴⁰

Embora atualmente o positivismo carregue em si uma carga pejorativa, ainda que às escusas, ele permanece em voga, seja na sua aplicação diária pelos juristas, seja no seu ensino nas universidades. Hoje é muito difícil desvincular a compreensão do direito com a lei. Os países ocidentais, europeus e latino-americanos sofreram a forte influência da codificação e do formalismo dos conceitos gerais e abstratos.²⁴¹

Como se viu, na filosofia o homem foi abstraído em sua natureza racional e, no direito, abstraído no conceito de Sujeito de Direito, dotado ou não de capacidade para estabelecer relações jurídicas no âmbito de sua liberdade, dentro dos parâmetros da sua vontade autônoma. O direito assim, aos poucos, deixa de lidar com homens concretos de carne e osso e passam a lidar com conceitos generalizados, com verdadeiros arquétipos: o proprietário, o locador, o incapaz, o menor, o criminoso. O ser humano e vários âmbitos da sua vida foram enclausurados nestes conceitos, mas e a vida? Será que foi possível encontrar uma categoria suficiente para a *vida*? A vida

²³⁹"O positivismo científico encontra-se numa sintonia inconsciente com as exigências políticas e econômicas da época liberal. Os conceitos fundamentais da autonomia privada, do direito subjetivo, da propriedade e a exigência, recolhida da teoria do direito de Kant, vinham mais directamente do que os próprios positivistas pensaram, ao encontro dos interesses particulares da classe de empresários" (MIALLE, op. cit., p.505).

²⁴⁰GROSSI, **Mitologias**..., p.129.

²⁴¹A Alemanha, embora tenha negado durante muito tempo a codificação, acabou cedendo às tendências e pressões da classe burguesa. Após 1848 se disseminam na Alemanha inúmeras tentativas de consolidação de um direito legislativo comum a todo o Estado, mesmo antes da unificação política. Em 1900, após algumas codificações esparsas, como do código comercial e de direito das obrigações, surge o BGB, com forte influência da pandectística, o que lhe confere uma forte dose de abstração e generalização. Tal código teve grande prestígio e influência, dentro e fora da Europa, por sua forte carga científica: "O BGB é [...] uma *codificação*, um propósito de compilação final e exaustiva da sua matéria. Através de uma estrutura conceitual rigorosa e de uma renúncia quase total à casuística, ele obtém, duma só vez, as suas famosas clareza e coerência. Mediando os anteriores códigos do jusnaturalismo e o BGB situa-se a escola rigorosamente conceitual e sistemática da pandectística [...]. A técnica e a linguagem do Código exprimem a sua origem espiritual num positivismo científico cuja hora suprema já tinha então soado." (WIEACKER, op. cit., p.544 e 548).

tornou-se um bem jurídico, mas o que exatamente este termo quer dizer? "Ter direito à vida". A vida é, então, um direito? E como tal, pode ser suprimido? Se pode, como? Determinando-se legalmente a previsão da pena de morte? Daí então a determinação da lei se sobrepõe à vida? O criminoso deixa de ter "direito" à vida? E o suicídio, então, deve ser proibido? Se sim, então a vida torna-se um dever jurídico. Se é direito subjetivo, um poder, uma expressão de liberdade e autonomia não há que se punir o suicídio, e, portanto, a eutanásia poderia ser legalizada? Como bem expõe Michel Mialle:

As reivindicações políticas trouxeram consigo a utilização do termo direito, embora a palavra desejo ou possibilidade tivesse sido mais justa. Ter-se-ia, pois, transformado em direitos o que não eram mais do que casos de proteção concedida pela lei a certos interesses. Por exemplo, o artigo 1382 do Código Civil protege a pessoa; daí deduziu-se um 'direito' à vida, um 'direito' à honra, etc. Esse termo não é realmente justo, visto que o indivíduo não pode dispor desse direito e, no caso de o perder, não pode recuperar o seu exercício: se eu perco o meu 'direito à vida numa briga, quem me devolverá esse 'direito'?²⁴²

Percebe-se, então, que toda a construção do direito moderno e de suas categorias gerias e abstratas, com as quais se está tão viciado a raciocinar o direito, afastou-o do homem concreto e, portanto, de sua própria vida. O processo de abstração do direito e do sujeito causaram um estranhamento entre direito e vida e, dessa forma, novas formas de compreender a realidade precisam ser ativadas para desmanchar estes nós, que parecem ser cada vez mais denunciados com o avanço da ciência. O século XX retratou a ambigüidade de todo projeto filosófico da modernidade. O século XXI parece instalar ainda mais um estado de crise, questionamento e vazio prático e teórico; e é tentando compreender os paradoxos do processo em que se formaram os instrumentais que se têm para compreender o mundo, que se pode formular uma nova proposta para responder às novidades que a "vida" impõe.

²⁴²MIALLE, op. cit., p.49-150.

Na modernidade o homem e sua razão substituíram a onipotência divina. Todavia brincar de Deus virou um vício que ampliou cada vez mais as possibilidades de o homem dominar a natureza e a vida. O poder de manipulação tornou-se maior que a própria razão de conduzi-lo – o homem aprendeu a criar e a manipular a vida, sem saber exatamente o que ela é e quais as consequências disto.

O estranhamento entre vida, corpo e direito que o processo de abstração acarretou foi acompanhado por um processo paralelo de controle e manipulação do corpo e da vida do homem. Enquanto o direito garantia ao sujeito abstrato as condições necessárias para realizar-se na lógica do capital, prescindindo da vida e do corpo, estes eram abarcados, controlados e modelados por forças advindas de poderes para além do saber-poder jurídico. Obviamente que o poder jurídico era exercido em relação ao corpo e à vida: a prisão e a pena de morte são exemplos de um poder de violência (legítima?) sobre eles; o direito à integridade física e a proteção à vida (após as declarações de direitos), são exemplos de um poder protetivo. Mas outros poderes ainda mais eficientes (não totalmente alheios ao poder jurídico, pois muitas vezes a ele se integra, mas de natureza diversa) ao longo da modernidade passaram a determinar o sujeito, sua vida e seu corpo para além de sua racionalidade, vontade e autodeterminação. Estes poderes, que em um termo podem ser reduzidos ao chamado *biopoder*, são denunciados por Michel Foucault, que abdica de uma análise moderna transecidental do sujeito para constatar exatamente as forças históricas que o tornam um sujeito, não no sentido autônomo, mas, muito pelo contrário, no sentido de *sujeito a*, ou seja, sujeito assujeitado.

Tais poderes tomaram a vida, o corpo e o sujeito como objetos e, portanto, para uma análise eficaz da relação dos mesmos com o direito moderno, não há como abdicar da compreensão da influência destes poderes e qual a relação deles com o discurso jurídico.

PARTE II

**RUPTURA COM O PENSAMENTO MODERNO: PODER VIDA E
SUBJETIVIDADE A PARTIR DE UMA ANÁLISE BIOPOLÍTICA**

CAPÍTULO 1

A VIDA TOMADA PELO PODER: BIOPODER E PROCESSOS DE FORMAÇÃO DO (AS)SUJEIT(AD)O EM MICHEL FOUCAULT

1.1 REPENSAR A MODERNIDADE A PARTIR DE MICHEL FOUCAULT

Como bem se sabe, o pensamento moderno foi alvo de muitas críticas, justamente, por ser contraditório em sua própria origem. Michel Foucault será um dos autores mais ácidos em sua crítica à modernidade e suas principais categorias, como o sujeito, o saber científico, a razão e o poder soberano. Tais categorias serão por ele desconstruídas e reinterpretadas de uma maneira tão original e peculiar que qualquer pessoa que busque libertar-se das amarras do modo de conceber a realidade moderna não pode prescindir de sua análise.

Por meio de seu método arqueo-genealógico²⁴³ Foucault busca entender a construção da realidade não a partir dos conceitos, mas das práticas constitutivas destes conceitos, das relações de saber e de poder que imbricadas possibilitaram a elaboração de um modelo de verdade que desse sustentação a estes conceitos.

Por ser tido, justamente, como um dos críticos mais ferrenhos da modernidade, muitos chegam a considerar Michel Foucault como um autor pós-moderno por tentar desmistificar o sujeito autônomo, transcendental e universal tematizado pelo iluminismo na modernidade, por negar a razão do homem como algo libertador e emancipatório. Todavia, tal visão parece um tanto maniqueísta no sentido de que "ou se está a favor

²⁴³"A genealogia [...] seria uma espécie de empreendimento para dessujeitar os saberes históricos e torná-los livres, isto é, capazes de oposição e de luta contra a coerção de um discurso teórico unitário, formal e científico. A reativação dos saberes locais [...] contra a hierarquização científica do conhecimento e seus efeitos de poder intrínsecos, esse é o projeto dessas genealogias em desordem e picadinhas [...] a arqueologia seria o método próprio da análise das discursividades locais, e a genealogia, a tática que faz intervir, a partir dessas discursividades locais assim descritas, os saberes dessujeitados que daí se desprendem." (FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.15-16).

dos ideais modernos, e daí então se pode se auto intitular moderno, ou se é contra, e, portanto, pós-moderno" – as coisas não são tão simples e tão estanques assim.

Para evitar uma discussão improdutiva, o presente trabalho afasta qualquer tentativa de enquadrar Foucault em uma determinada rubrica filosófica, pois isto era justamente o que Foucault mais evitava. O não-lugar era o lugar deste autor, cuja riqueza teórica proíbe qualquer tipo de conceituação e fechamento. Como ele mesmo afirmava, sua teoria deve ser utilizada como caixa de ferramentas para a abertura de novos caminhos.

É por esta razão que o presente trabalho traz como marco teórico da ruptura com o pensamento moderno este autor, ou seja, por entender que sua teoria pode ser usada como caixa de ferramentas para se sair da "menoridade" moderna de interpretar o mundo e dar sempre as mesmas soluções a problemas cada vez mais inéditos.

Também porque é este autor que inicia a análise de um conceito que será apreendido por inúmeros teóricos contemporâneos e que se mostra cada vez mais eficaz para se compreender a atualidade – o foco que permeará toda esta segunda parte do trabalho: a biopolítica.

Foucault não inventou esse termo²⁴⁴, mas foi ele quem iniciou um campo de análise totalmente novo que vem sendo cada vez mais remodelado. A assunção

²⁴⁴Roberto Espósito em seu livro "*Bíos*" também traz outras várias utilizações do termo biopolítica de autores como Kyllen (como processo de naturalização do Estado (contrário a Hobbes), em que o Estado é tomado como um indivíduo corpóreo e espiritual; Jacob Von Uexkull (configuração biológica de um Estado-corpo, medicina de Estado para afastar dele todos os males); Morley Roberts (conexão entre política e biologia (com a medicina), reconhecendo os riscos orgânicos que incidem sobre o corpo político) (ESPOSITO, Roberto. **Bíos**. Torino: Einaudi, 2004. p.7-9). Ainda neste sentido afirma Antone Cutro: "*Il termine bio-politica non è un neologismo foucaultiano. Il documento più antico dell'utilizzo della parola è il saggio pubblicato da Morley Roberts con il titolo: bio-politics. An essay on physiology, pathology and politics of social and somatic organisms* (de 1938)." Tradução livre de: "O termo biopolítica não é um neologismo foucaultiano. O documento mais antigo da utilização da palavra é o ensaio publicado por Morley Roberts com o título: *Bio-politics. An essay on philosophy, pathology and politics of social and somatic organisms* (de 1938)." (CUTRO, Antonela. **Michel Foucault: tecnica e vida. Bio-política e filosofia del Bíos**. Napolis: Bibliopolis, 2004. p.65).

da vida pelo poder, a tomada da vida dos indivíduos e mais precisamente da população como objeto de poder.

É a partir, então, de Foucault que o presente trabalho inicia sua análise sobre biopolítica, tendo em vista demonstrar como, a partir deste conceito, as relações entre vida, direito, poder e subjetividade foram e continuam sendo moldadas.

Hoje não há como prescindir dessa idéia para questionar os acontecimentos contemporâneos. Seus conceitos serão, portanto, aqui apresentados e trabalhados e muitas vezes também remodelados para abranger novas realidades e possibilitar novas interpretações.

Mas, antes de se entrar na análise da biopolítica propriamente dita, faz-se necessário abordar algumas questões em Foucault fundamentais para uma melhor compreensão deste conceito que vem sendo hoje utilizado como uma ferramenta fundamental.

1.2 NASCE A VIDA, NASCE O HOMEM

Michel Foucault rompe com a concepção transcendental e universal do sujeito, ou seja, com a visão metafísica e antropolizante típicas do pensamento de Descartes e Kant, partindo da idéia de que o sujeito é constituído pela história a todo momento.

Foucault procura analisar como os seres humanos tornaram-se sujeitos e entende que este processo é eminentemente histórico e permeado por práticas e saberes. Para o autor, três modos de objetivação do sujeito ocasionaram esta transformação: o primeiro através da ciência, o segundo por meio das práticas divisoras (as relações de poder que serão no próximo item analisadas), o terceiro pela sexualidade.²⁴⁵

O primeiro modo de objetivação, o da ciência, Foucault trabalha em sua obra "As palavras e as coisas", no qual aponta que o homem nasce como resultado

²⁴⁵FOUCAULT, Michel. O sujeito e poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault uma trajetória filosófica**: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Forense Universitária, 1995. p.231.

de saberes produzidos em uma ruptura epistemológica, chegando por fim a delimitar o nascimento das ciências humanas.

Para Foucault, o estudo do homem está marcado em um período específico, determinado de "era da história". Até o século XVI, segundo esse autor, reinava a época da semelhança, não havendo distinção entre as palavras e as coisas. O modo de pensar o mundo era completamente diferente do que se entende hoje por conhecer. No século XVII se inicia a "era da representação", período em que as palavras passam a ter a função de designar as coisas e o saber adquire uma nova configuração.²⁴⁶

Ao final do século XVIII aparece a era da história, e o saber, então, não mais apenas servirá para representar, mas será inserido numa temporalidade – o ser será conhecido por ter uma história e a história será o mecanismo de se conhecer o ser.

O homem nasce, para Foucault, a partir do momento em que pode ser problematizado, e isto se dá exatamente a partir da grande ruptura epistemológica de transição da Idade Clássica (séculos XVI, XVII e XVIII) para a Idade Moderna (século XIX),²⁴⁷ em que a História Natural passa a ser biologia, a história das riquezas, economia política e a gramática se transforma em filologia – o homem nasce assim como ser vivo, trabalhador e falante.

O homem é o centro deste novo cenário, tanto como sujeito de conhecimento, como objeto de conhecimento, sendo, portanto, empírico e ao mesmo tempo transcendental: "ao lado do reconhecimento da finitude do homem concreto, que vive, trabalha e fala, há a busca transcendental do fundamento do saber do próprio homem".²⁴⁸

²⁴⁶FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**. São Paulo: LTR, 2001. p.85.

²⁴⁷A passagem para a modernidade é um tema bastante equívoco, variando bastante conforme a perspectiva que se adota. Alguns consideram o início da modernidade a partir dos séculos XV e XVI, com a era dos descobrimentos, outros no século XVII com filosofia de René Descartes, ou em razão do Tratado de Westfalia que recompôs a estrutura dos Estados europeus. Para Foucault, como se viu, a Modernidade se dá a partir do final do século XVIII e mais precisamente no século XIX.

²⁴⁸FONSECA, R. M., **Modernidade e contrato de trabalho...**, p.86.

Não cabe ao presente trabalho esmiuçar a complexidade que essa obra de Foucault, "As palavras e as coisas", apresenta, mas o que se faz aqui pertinente é constatar que, segundo o autor, o homem não surge com René Descartes e seu "Eu pensante", mas com o "Eu sou", viabilizado por estes novos campos de conhecimento. O "eu" cartesiano não é um homem encarnado, mas um "cogito" que apenas permite as representações do conhecimento.²⁴⁹

Talvez esteja nessa percepção de Foucault a explicação do porquê a profunda dificuldade de pensar a vida a partir de Descartes. A vida ainda não existia como um conceito. Havia a idéia de seres vivos e de sua organização (zoologia, anatomia), mas não a idéia de vida orgânica e a compreensão da ligação dos órgãos com suas funções.²⁵⁰ A História Natural limitava-se a descrever aquilo que estava na aparência e classificar, organizar; a biologia, por sua vez, vai aprofundar o conhecimento do ser vivo em suas entranhas, para onde não se vê, e tentar entender as funções dos órgãos, suas inter-relações. Nasce desta forma de análise a distinção entre orgânico e inorgânico – como já se viu em Descartes esses conceitos estavam ainda misturados, na medida em que o corpo do homem e dos animais, para ele, eram máquinas, cuja única diferença era o grau de complexidade.²⁵¹

²⁴⁹"Só quando aparecem as ciências da vida, do trabalho e da linguagem para pensá-lo, ele passa a ser cognoscível, alguém de carne e osso, falante e situado em meio a condições materiais e concretas. Se há vida, trabalho e linguagem, há aquele que as produz." (ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2001. p.45).

²⁵⁰"[...] ao longo de toda idade clássica, a vida estava sob a alçada de uma ontologia que concernia do mesmo modo a todo os seres materiais, submetidos à extensão, ao peso, ao movimento; e era nesse sentido que todas as ciências da natureza e singularmente do ser vivo tinham uma profunda vocação mecanicista; a partir de Cuvier, o ser vivo escapa, ao menos em primeira instância, às leis gerais do ser extenso; o ser biológico regionaliza-se e autonomiza-se; a vida é nos confins do ser, o que lhe é exterior e que, contudo manifesta nele." (FOUCAULT, Michel. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.376-377).

²⁵¹"O orgânico torna-se o ser vivo e o ser vivo é o que produz, crescendo, e reproduzindo-se; o inorgânico é o não vivo, o que não se desenvolve nem se reproduz; é, nos limites da vida, o inerte e o infecundo – a morte. E se se mistura à vida, é como aquilo que nela tende a destruí-la e a matá-la [...] Vê-se como fraturando em profundidade o grande quadro da história natural, alguma coisa como a biologia vai tornar-se possível [...] Não se tratará do triunfo, mais ou menos precário, de um vitalismo sobre um mecanismo; o vitalismo e seu esforço para definir a especificidade da vida não são mais que os efeitos de superfície desses acontecimentos arqueológicos." (FOUCAULT, **As palavras...**, p.378).

Foucault demonstra que o homem é fruto de uma história recente, "uma criatura [...] que a demiurgia do saber fabricou com suas mãos há menos de 200 anos."²⁵² Para o autor o que marca a Modernidade e o surgimento do homem é essa ruptura epistemológica do final do século XVIII e a formação dos saberes que possibilitaram ao homem ter acesso a si. Como afirma Foucault:

A modernidade começa a existir quando o ser humano começa a existir no interior de seu organismo, na concha de sua cabeça, na armadura de seus membros e em meio a toda a nervura de sua fisiologia [...] Compreende-se que [...] o pensamento clássico e todos que o procederam tenham podido falar do espírito e do corpo, do ser humano, do seu lugar tão limitado no universo, de todos os limites que medem seu conhecimento ou sua liberdade, mas que nenhum dentre eles jamais conheceu o homem tal como é dado ao saber moderno. O 'humanismo' do Renascimento, o 'racionalismo' dos clássicos podem realmente ter conferido um lugar privilegiado aos humanos na ordem do mundo mas não puderam pensar o homem.²⁵³

Foucault não afirmou nestas palavras, mas talvez se possa afirmar que, embora o Renascimento, o humanismo e o racionalismo tenham trazido à tona o "sujeito", como se viu nos capítulos anteriores, o "homem" apenas surge no século XIX e surge, nesse momento, como ser vivo (trabalhador e falante). O sujeito racional autônomo do direito, o sujeito de direito, não havia até então sido tomado como ser vivo e mais uma vez vê-se a teoria de Foucault contribuir para este trabalho: o direito moderno formulou-se a partir de, e, pode-se dizer, trabalha com um sujeito abstrato e não com o homem, como ser vivo.

Como se afirmou anteriormente, esta abordagem do sujeito-homem-ser vivo de Foucault é uma de suas análises sobre a constituição do sujeito. A outra análise que se pretende abordar neste trabalho é a que coloca o poder como o elemento de objetivação do sujeito. Como o próprio autor explicita, muito embora muitos afirmem que o cerne de sua análise é o poder e as relações de poder, o foco de seu trabalho

²⁵²FOUCAULT, **As palavras**, p.425.

²⁵³FOUCAULT, **As palavras**, p.438-439.

é o sujeito e as formas de subjetivação, sendo este sujeito tomado em três dimensões: saber, poder e "si".

Tendo isso em vista, pode-se afirmar que uma das principais contribuições de Foucault ao analisar o poder foi justamente apontar como as relações de poder, juntamente com as práticas discursivas moldaram subjetividades e mais precisamente a subjetividade moderna. Assim, Foucault se questiona como o poder viabilizou a objetivação do sujeito.

1.3 AS RELAÇÕES DE PODER E A CONSTITUIÇÃO DE SUBJETIVIDADES

A análise das relações de poder em Foucault demonstra a outra face da modernidade: o sujeito autônomo, transcendental e moral, na verdade, constitui um sujeito normalizado pelas relações de saber e de poder.²⁵⁴ Foucault, observando este sujeito moderno, inserido na lógica burguesa capitalista e no progresso científico, constatou um sujeito diferente, construído não apenas pela idéia de emancipação (cujo instrumento era a razão), mas por mecanismos a ele externos, que não deixavam de carregar uma certa racionalidade.

O poder em Foucault faz dos homens sujeitos, aplicando-se ao sujeito dois significados: "sujeito a alguém pelo controle e dependência, e preso a sua própria identidade por uma consciência ou autoconhecimento. Ambos sugerem uma forma de poder que subjuga e torna sujeito a".²⁵⁵ Como bem expõe:

²⁵⁴A relação saber-poder é fundamental para entender o sujeito na ótica foucaultiana. Para esse autor, o saber depende do poder e vice-versa; eles formam uma relação complexa e indissociável, pois não há poder sem um discurso de verdade e não há verdade sem um poder que a sustente. Nesta lógica, são construídos os discursos que, por sua vez, constroem as epistemes, que correspondem aos saberes de cada época da história. Para Foucault, o discurso opera efeitos na realidade, causando exclusões, definindo regiões e criando subjetividades. Na sociedade moderna os saberes no discurso procuram definir a fronteira da normalidade. O saber, transferido pelo discurso, detém esta função normalizadora. O discurso é externo ao sujeito, dele não se origina, nem depende, pois o sujeito é por ele construído, como se viu no item anterior.

²⁵⁵FOUCAULT, O sujeito..., p.235.

Na realidade, o que faz que um corpo, gestos, discursos, desejos sejam identificados e constituídos como indivíduos, é precisamente isso um dos efeitos primeiros do poder. Quer dizer, o indivíduo não é o *vis-à-vis* do poder; é, acho, eu, um de seus efeitos primeiros. O indivíduo é um efeito do poder e é, ao mesmo tempo, na mesma medida em que é um efeito seu, seu intermediário: o poder transita pelo indivíduo que ele constitui.²⁵⁶

O autor concebe o poder soberano, do Estado – que tem um lugar e que se irradia de cima para baixo – apenas como uma das formas em que o poder se manifesta.²⁵⁷ Para além do poder soberano tão teorizado pela filosofia política moderna, para além, portanto, do modelo do Leviatã, Foucault apresenta novas formas, técnicas de poderes que se disseminam como formas de poderes capilares, os micropoderes, que vão agir sobre os indivíduos, moldando constantemente suas subjetividades e intervindo constantemente em suas vidas. Segundo o autor, o poder soberano se tornou inoperante em face das transformações sociais e econômicas decorrentes da industrialização, explosão demográfica – muitas coisas escapavam ao poder soberano, no nível do detalhe e no nível da massa. Assim, novas tecnologias de poder são requeridas e passam a tomar corpo. São poderes normalizadores, que se referem à vida, buscando seu controle e sua organização. Foucault os classifica como o poder disciplinar (disciplina) e biopolítica:

²⁵⁶FOUCAULT, **Em defesa...**, p.35.

²⁵⁷Para estudar o poder Foucault indica algumas precauções metodológicas. Para ele, o poder é capilar, circula em rede, funciona em cadeia, existe em ato. O poder deve ser apreendido em suas extremidades, em seus últimos lineamentos e não em seu centro. Além disso, não cabe questionar ao poder quem o detém, analisando-o no nível da intenção ou da decisão, mas sim de apreendê-lo de suas práticas reais e efetivas e de seu lado externo, ou seja, a partir de seu alvo, seu objeto. Questiona-se como se desenvolvem os mecanismos de sujeição e não por que e como alguém quer dominar. O poder não deve ser tomado como algo maciço e homogêneo, mas como algo que circula e que funciona em cadeia. Ninguém possui o poder, o poder simplesmente funciona – os sujeitos ao mesmo tempo exercem e se sujeitam constantemente a poderes. O poder transita por nossos corpos, segundo Foucault. O poder, ainda, requer uma análise ascendente, que parta de seus mecanismos infinitesimais, os quais detêm sua própria técnica e prática. Por fim, não relacionar necessariamente poder com produção de ideologia. Para Foucault, o que se formam nas bases, onde as redes de poder terminam, não são ideologias, mas instrumentos efetivos de formação de saber, aparelhos de verificação. O poder não se exerce sem a formação de um saber que o faça circular e funcionar (FOUCAULT, **Em defesa...**, p.32-40).

Concretamente, esse poder sobre a vida desenvolveu-se a partir do século XVII, em duas formas principais; que não são antitéticas e constituem, ao contrário, dois pólos de desenvolvimento interligados por todo um feixe intermediário de relações. Um dos pólos, o primeiro a ser formado, ao que parece, centrou-se no corpo como máquina: no seu adestramento, na ampliação de suas aptidões, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos – tudo isso assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as *disciplinas: anátomo-política do corpo humano*. O segundo, que se formou um pouco mais tarde, por volta da metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e *controles reguladores: uma biopolítica da população*. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida.²⁵⁸ [grifos no original]

a) *Poder disciplinar e razão de estado como forma de governo*

O poder disciplinar, segundo Foucault, surge a partir dos séculos XVII e XVIII. Alguns fenômenos foram responsáveis pela generalização da disciplina e pelo surgimento da sociedade disciplinar: a Reforma, o crescimento demográfico, a reorganização do sistema judiciário e penal nos diferentes países da Europa e o desenvolvimento do capitalismo.²⁵⁹

Esse poder disciplinar será direcionado ao corpo do sujeito, reduzindo-se sua força política e maximizando-se sua força econômica. São criados mecanismos de controle sobre o corpo, que lhe impõem uma relação de docilidade-utilidade, estabelecendo "[...] no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada".²⁶⁰

²⁵⁸FOUCAULT, *História...*, p.131.

²⁵⁹FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996. p.79.

²⁶⁰FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 27.ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p.119.

A disciplina trabalha minuciosamente com a administração do tempo e do espaço: opera a distribuição dos indivíduos no espaço pelo princípio do quadriculamento – cada indivíduo no seu lugar²⁶¹, bem como impõe que todo o tempo deva ser útil e bem empregado: "[...] controle ininterrupto, pressão dos fiscais, anulação de tudo o que possa perturbar e distrair [...]"²⁶² No tempo disciplinar o exercício do corpo é empregado integralmente – nenhum segundo deve ser ocioso e inutilizado. Do tempo se extraem sempre mais instantes e dos instantes, sempre mais forças. O trabalho empregado no tempo deve ser cada vez mais produtivo.

A disciplina toma os sujeitos como objetos, adentra-os e os fabrica, operando basicamente por três mecanismos: a vigilância; a sanção normalizadora e o exame.

A vigilância é o componente fundamental para o funcionamento das instituições modernas – escolas, hospitais, fábricas, quartéis, prisões –, locais onde o poder disciplinar se materializa. O modelo desta vigilância disciplinar é a figura do panóptico, configurando, assim, uma sociedade de disciplina e controle.²⁶³ Os olhares constantes e invisíveis sobre corpos adestrados e obedientes. A arquitetura é feita não mais para ser vista, mas para tornar visíveis os que nela se encontram.²⁶⁴

²⁶¹"[...] o espaço disciplinar tende a se dividir em tantas parcelas quanto os corpos ou elementos há a repartir." (FOUCAULT, **Vigiar e punir**..., p.123).

²⁶²FOUCAULT, **Vigiar e punir**..., p.128.

²⁶³Panóptico corresponde a uma figura criada por Jeremy Bentham, que pela peculiar forma de construção permite que todos os locais sejam passíveis de vigilância e controle: "[...] na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre, esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar." (FOUCAULT, **Vigiar e punir**..., p.166). Ainda "[...] este panoptismo existe, ao nível mais simples e no funcionamento quotidiano de instituições que enquadram as vidas e os corpos dos indivíduos; o panoptismo, ao nível, portanto, da existência individual." (FOUCAULT, **A verdade**..., p.107).

²⁶⁴"As instituições disciplinares produziram uma maquinaria de controle que funcionou como um microscópio do comportamento; as divisões tênues e analíticas por elas realizadas formaram, em torno dos homens, um aparelho de observação, de registro e de treinamento." (FOUCAULT, **Vigiar e punir**..., p.145).

A segunda dimensão da disciplina, a sanção normalizadora, direciona-se para o estabelecimento de uma ordem, artificialmente construída, por meio de castigos e punições, similares ao modelo jurídico. A punição disciplinar oscilará entre o castigo e o prêmio, fixando-se assim padrões e modelos de comportamento. Por meio de uma infrapenalidade abarcam-se os vazios deixados pelas leis.

Os castigos, na lógica disciplinar, têm uma função corretiva, de reduzir os desvios. O prêmio, por sua vez, estimula o comportamento tido como o "adequado". A norma, portanto, funciona por este mecanismo binário do "bom" e do "mau", do "permitido" e do "proibido", operando uma diferenciação dos próprios indivíduos e não apenas de seus atos – os indivíduos são hierarquizados de acordo com suas competências, aptidões e qualidades morais.²⁶⁵

Por fim há o exame, o mais ritualizado dos dispositivos da disciplina. Nele se combina a formação de um saber e um exercício de poder, a hierarquia da vigilância e a sanção normalizadora da norma. Por esse instrumento, os indivíduos são documentados, registrados, são passíveis de análise e descrição, tornando-se objetos – objetos do exame. Os indivíduos são caracterizados de acordo com determinados fenômenos, estando ligados pela norma aos traços, padrões e medidas que determinam a normalidade e o desvio. O exame corresponde, então, ao mecanismo que possibilita um sistema de descrição do comportamento dos sujeitos.

O exame dá origem a vários códigos de individualidade: o código físico de qualificação, código médico dos sintomas, código escolar ou militar dos comportamentos e dos desempenhos – trata-se, pois, da formalização do individual.²⁶⁶

²⁶⁵"A penalidade perpétua que atravessa todos os pontos e controla todos os instantes das instituições disciplinares compra, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza [...] Em certo sentido, o poder de regulamentação obriga à homogeneidade; mas individualiza, permitindo medir os desvios, determinar os níveis, fixar as especialidades e tornar úteis as diferenças, ajustando-as umas às outras." (FOUCAULT, **Vigiar e punir...**, p.153).

²⁶⁶FOUCAULT, **Vigiar e punir...**, p.158.

O exame será a forma de saber-poder que dará lugar às ciências humanas, como a Psicologia e a Sociologia, na medida em que o sujeito é objetivado pelo conhecimento, seu corpo, seus gestos, seus comportamentos. O indivíduo é medido, comparado, analisado, descrito, mensurado, classificado, normalizado: "[...] a criança, o doente, o louco, o condenado se tornarão, cada vez mais facilmente a partir do século XVIII e segundo uma via que é a dos mecanismos de disciplina, objeto de descrições individuais e de relatos biográficos."²⁶⁷

É importante ressaltar que, como já foi dito, segundo Foucault o poder disciplinar teve sua origem dentro da própria sociedade e que depois, aos poucos, seus mecanismos foram sendo apropriados pelo poder estatal. Foucault deixa isso bem claro na conferência IV do livro "A verdade e as formas jurídicas", quando relaciona o surgimento da sociedade disciplinar com as mudanças do sistema penal na Europa a partir do século XVIII.²⁶⁸

A relação Estado-disciplina é trabalhada por Foucault, em seu curso do *Collège de France*, ministrado em 1978, "Segurança, Território e População". Neste, o autor expõe a forma de governo que corresponde à sociedade disciplinar, o que não havia sido feito até então, uma vez que o autor havia trabalhado apenas com as técnicas de disciplinamento realizado no interior das instituições.

Segundo Foucault, a partir dos séculos XVI a XVIII inicia-se um processo gradual de concentração estatal, em razão da falência do sistema feudal e da dispersão religiosa causada pela Reforma. A questão do poder de Estado torna-se um assunto primordial, e a partir desse período a idéia de governar que tinha diversos significados vai adquirir um significado político.

²⁶⁷FOUCAULT, **Vigiar e punir...**, p.160.

²⁶⁸Na Inglaterra, expõe o autor, em razão de seu sistema penal muito rigoroso, existiu uma série de mecanismos de controle da população e de controle dos indivíduos que partiam da própria população para se fugir da repressão do Estado: a "vontade de fazer reinar a ordem era, no fundo, uma forma de escapar ao poder político, pois este detinha um instrumento formidável, aterrorizador e sanguinário: sua legislação penal." (FOUCAULT, **A verdade...**, p.92).

Nesse curso fica claro como a idéia de "governo dos homens" transfere-se de um contexto religioso (poder pastoral) para um contexto laico referente ao Estado, adquirindo características específicas, formando assim uma nova arte de governar: a *razão de estado*, a forma de governo da sociedade disciplinar.

A idéia de "governo dos homens" vem do Oriente pré-cristão²⁶⁹, sobretudo da sociedade hebraica, e tem relação com a noção de poder pastoral, aquele poder cuja responsabilidade é a salvação e que, portanto, deve tomar conta da alma e da consciência das pessoas.

A relação pastor-rebanho traduz a relação Deus-rebanho, e, portanto, o pastor é o representante de Deus na terra. Importante frisar que o poder pastoral não se exerce sobre um território, mas sim sobre o rebanho – uma multiplicidade em movimento. E, ainda, que seu cuidado é ao mesmo tempo com o rebanho em geral e com cada indivíduo – deve-se sacrificar para salvar todo rebanho, mas também todo o rebanho pode correr risco para salvar apenas uma ovelha. Cabe ao pastor uma vigilância constante contra todo e qualquer desvio ou ameaça contra o seu rebanho. Percebe-se, então, que o poder pastoral é um poder vigilante, onipresente e que busca o bem (a salvação) de cada um e de todos ao mesmo tempo.

Segundo Foucault, esse poder alcança o Ocidente por meio da Igreja Cristã. Na verdade, nenhuma sociedade, para o autor, foi tão pastoral quanto a sociedade cristã. O poder pastoral cristão criou uma verdadeira rede institucional jamais vista – ele dirigia, manipulava, conduzia os homens guiando consciências e tomando conta da vida em cada momento da existência. Tratava-se de governar não mais apenas um grupo de homens, mas a humanidade inteira:

²⁶⁹Foucault aponta que o governo dos homens não era uma realidade na Grécia, onde o poder se exercia na *pólis*, mas não em seus cidadãos e em suas vidas. A relação soberano-pastor está presente apenas em textos arcaicos ou em alguns autores da época imperial.

A vida cotidiana deve ser efetivamente tomada sob cuidado e observada em seu complexo, de maneira tal que o pastor, sobre a base da vida das ovelhas que vigia, forme um saber perpétuo que considerará o comportamento das pessoas e de suas condutas.²⁷⁰

No poder pastoral cristão a obediência é total, permanente e exaustiva, não existindo, assim, espaço para a vontade própria – o "eu" é aniquilado.

O poder pastoral cristão é dotado, portanto, de uma especificidade, na medida em que estabelece relações com três coisas: a salvação, a lei e a verdade – conduz a salvação, prescrevendo a lei e ensinando a verdade. Esta especificidade dá origem então a uma forma de poder individualizante que marcará a história do sujeito no Ocidente, como afirma Foucault – a individualização segundo o assujeitamento, na medida em que todos são servos de todos: "Parece-me estamos diante da constituição do sujeito ocidental moderno, que confere sem dúvida ao pastorado um dos momentos decisivos na história do poder na sociedade ocidental."²⁷¹

Até o século XVI o poder pastoral manteve-se totalmente distinto do poder político, sendo que a relação entre soberano e súdito não era de governo. Mas, em virtude da crise da unidade religiosa com a Reforma e o processo de centralização

²⁷⁰"La vita quotidiana deve essere effettivamente presa in carico e osservata nel suo complesso, in maniera tale che il pastore, sulla base della vita delle pecorelle che sorveglia, si formi un sapere perpetuo che riguarderà il comportamento delle persone e la loro condotta." (FOUCAULT, Michel. **Sicurezza, territorio, popolazione**. Corso al Collège de France (1977-1978). Traduzione dal francese di Pólo Napoli. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2005. p.138).

²⁷¹"Me sembra quindi che siamo di fronte alla costituzione del soggetto occidentale moderno, che rende senza dubbio il pastorato uno dei momenti decisivi nella storia del potere nelle società occidentali." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.141). E ainda, "L'uomo occidentale viene individualizzato mediante il pastorato poiché il pastorato lo guida verso la salvezza che fissa la sua identità per l'eternità, lo assoggetta ad una trama di obbedienze incondizionate, gli inculca la verità interiore. Identità, assoggettamento, interiorità: individualizzazione dell'uomo occidentale nel lungo millennio del pastorato Cristiano si è operata al prezzo della soggettività. Mediante la soggettivazione. Bisogna divenire soggetto per divenire individuo (tutti i sensi della parola 'soggetto')." Tradução livre de: "O homem ocidental vem individualizado mediante o pastorado porque o pastorado guia em direção à salvação que fixa a sua identidade para a eternidade, assujeita-o a uma trama de obediência incondicionada, inculca-lhe a verdade de um dogma no momento que lhe estorpe o segredo de sua verdade interior. Identidade, assujeitamento, interioridade: a individualização do homem ocidental ao longo do milênio do pastorado cristão se opera ao preço da subjetividade. Mediante a subjetivação. Necessita tornar-se sujeito para tornar-se indivíduo (todos os sentidos da palavra 'sujeito')." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.169).

do poder político pelo Estado, as técnicas de controle de conduta dos homens (de governo dos homens) se disseminam, começam a secularizar-se e ser apreendidas pelo poder político. Como afirma Foucault "[...] o entrelaçamento entre poder pastoral e poder político será uma realidade histórica do Ocidente."²⁷² Esta passagem do pastorado das almas para o governo político dos homens se desenvolve, segundo Foucault, num clima de resistência e revolta, característico deste período (século XVI): Reforma, Contra-reforma, Renascimento, novas relações econômicas, insuficiência da estrutura feudal, decadência da forma imperial de organização geopolítica.

Foucault ainda destaca que, muito embora tenha ocorrido esta passagem, o pastorado não desaparece – a transferência, portanto, não é total, muito pelo contrário. Trata-se de um fenômeno muito complexo em que, de um lado, o pastorado religioso se intensifica (há um controle da vida espiritual e material da vida dos indivíduos mais significativo ainda) e, de outro, ao mesmo tempo, adquire uma extensão secular – governar os homens passa a ser também uma questão política.²⁷³ Na verdade, o que ocorre não é a aplicação do poder pastoral pelo poder político, mas a utilização da idéia de "governo dos homens", presente no pastorado, para um contexto de poder secular de Estado, que fará uso desta idéia de maneira bem diversa da do poder pastoral.

²⁷²"[...] *l'intreccio tra potere pastorale e potere politico sarà una realtà storica dell'Occidente*" Não obstante, mesmo que Foucault reconheça este entrelaçamento e influência entre esses dois poderes, ele afirma que, ainda assim, o poder pastoral manteve sua especificidade, pelo menos até o século XVIII (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.121).

²⁷³"[...] *non c'è stato un vero passaggio dal pastorato religioso ad altre forme di condotta, di conduzione, di direzione. In realtà, si assiste ad un'intensificazione, a una moltiplicazione e ad una proliferazione generale di tale problema e delle relative tecniche di condotta. Con il XVI secolo, entriamo nell'età delle condotte, delle direzioni, dei governi [...] si trova al punto di incontro delle differenti forme di conduzione: conduzione di sé, della propria famiglia, conduzione religiosa, conduzione pubblica a opera del governo.*" Tradução livre de: "[...] não se tem uma passagem do pastorado religioso a outra forma de conduta, de condução, de direção. Na realidade, se assiste a uma intensificação, a uma multiplicação e a uma proliferação geral de tal problema e da relativa técnica de conduta. Com o século XVI, entramos na idade das condutas, das direções, dos governos [...] encontra-se ao ponto de encontro das diferentes formas de conduções: condução de si, da própria família, condução religiosa, condução pública em ação do governo." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.168).

O pastorado é o prelúdio do que veio a ser governamentalidade, a partir do século XVI. A soberania e sua relação com os súditos, que não ocorria sob a forma de governo, vai buscá-la, mas em moldes específicos, distintos do poder pastoral, pois neste momento da história, demanda-se do soberano algo mais que simplesmente a soberania e que está para além da relação Deus-natureza, pai-família, pastor-ovelha. Assim, quando apreendida pelo poder político, a prática do governo dos homens perde sua característica pastoral e adquire uma racionalidade nova. Este algo mais, esta arte de governo que terá uma racionalidade própria, será a chamada *razão de estado*.

A *razão de estado* é o que vai conduzir o Estado a manter-se e existir em sua integralidade. A partir dela o Estado governa com um fim em si mesmo, ou seja, tendo em vista sempre a sua manutenção, a sua integridade. Não há uma finalidade externa e transcendental; não há preocupação com a fundamentação de uma origem e com a legitimidade desta origem. O bom governo não se fundamenta em leis divinas ou naturais, mas em técnicas e saberes que reforcem o Estado (daí o nascimento do saber das estatísticas). A idéia de necessidade torna-se mais forte que o respeito às leis: "A necessidade, a urgência, o desejo de salvação do Estado interrompem o jogo com estas leis naturais e produzem qualquer coisa que será a relação direta do Estado consigo mesmo, sobre a marca da necessidade e da salvação."²⁷⁴ A salvação do Estado deve prevalecer sobre qualquer lei, qualquer valor, enfim, qualquer coisa, pois a "lei fundamental da necessidade [...] excede o direito natural, o direito positivo [...]."²⁷⁵

A Europa passa neste momento por um processo de renovação de seu espaço geopolítico. O fim de uma territorialidade imperial (após a Guerra dos 30 anos) dá início a uma realidade sem universalidade, mas composta pela da multiplicidade de Estados europeus, o que implica a razão de estado pensar num

²⁷⁴"La necessità, l'urgenza, il bisogno di salvezza dello stato interromperanno il gioco con queste leggi naturali e produrranno qualcosa che sarà il rapporto diretto dello stato con sé stesso, sotto il segno della necessità e della salvezza." (FOUCAULT, **Sicurezza**..., p.190).

²⁷⁵"La legge fondamentale della necessità [...] eccede il diritto naturale, il diritto positivo [...]."
(FOUCAULT, **Sicurezza**..., p.191).

governo que conserve este Estado, em relação aos demais, numa dinâmica de equilíbrio, na medida em que um não subjugue o outro. Nesse contexto o Estado precisa de dois tipos de mecanismo de proteção: um externo, em relação aos demais, e um interno, em relação aos indivíduos do Estado, ou seja, o seu "povo".

A relação entre os Estados agora se dá pela forma da concorrência substituindo o modelo de rivalidade entre os príncipes. Não se trata mais de aumentar o território, mas de maximizar forças. O equilíbrio entre os Estados é o principal foco europeu nesse período – a balança da Europa (a idéia de paz universal substitui a idéia de unidade anterior do Império e da Igreja).

No interior do Estado, a preocupação com o aumento de sua força vai implicar o emprego de uma técnica que veio a se chamar *polícia*, que passa a ser, a partir do século XVII, "o conjunto de meios que servem para fazer crescer as forças do Estado, garantindo a boa ordem do estado em si."²⁷⁶

Governar segundo a razão de estado significa sempre governar o povo – o povo é o verdadeiro inimigo a ser manipulado. Assim, os indivíduos passam a ser importantes para o Estado na medida em que simbolizam o aumento de sua força (de ameaça eles devem se tornar úteis). A integração dos indivíduos, segundo Foucault, nesse período não tem um caráter ético comunitário, como o tinha na Grécia antiga, mas ocorre em virtude dessa nova racionalidade pela técnica da polícia – técnica pela qual o Estado governa pessoas, indivíduos enquanto úteis para o fortalecimento do Estado.

O objetivo da polícia é o controle das atividades dos indivíduos, de suas vidas em todos os seus âmbitos, em outras palavras, a coexistência humana em um território, a administração de suas propriedades, suas trocas, os acidentes, as patologias, as atividades e a produtividade dos homens, enfim, a vida. O verdadeiro objeto da polícia

²⁷⁶"[...] dal XVII secolo la police comincia a designare l'insieme dei mezzi che servono a far crescere le forze dello stato, garantendo il buon ordine dello stato stesso." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.226).

é o homem, o homem em suas relações sociais, e, portanto, também a sociedade. Percebe-se, assim, que no Estado de polícia a governamentalidade se exerce diretamente sobre os indivíduos, seus corpos e suas vidas.

O tratamento, o relacionamento do poder com os indivíduos não se limita mais aos seus *status* jurídicos, sua posição hierárquica na ordem social, mas se dá tomando em conta o que os indivíduos fazem e do que são capazes de fazer em sua vida – o que interessa a um Estado de polícia é a ocupação dos homens e em que esta ocupação pode ser proveitosa para incrementar a força do Estado.

A polícia preocupa-se com o número, com a quantidade dos indivíduos (quantidade ideal) – a população aqui é vista como a soma dos indivíduos e, quanto maior melhor, uma vez que significa mais sujeitos ativos e produtivos; com a vida (e suas necessidades básicas); com o problema da saúde (quanto mais se tem saúde, mais se pode trabalhar, mais se pode produzir), à qual está vinculada toda uma política de espaço urbano e de circulação de mercadorias. Assim, percebe-se que a polícia se ocupa com o viver e com algo mais que o simples viver, ou seja, com o bem viver. Um Estado de polícia é um estado que se preocupa com o bem-estar dos seus súditos, na medida em que este se traduz em utilidade para o próprio Estado.²⁷⁷

A polícia é essencialmente urbana – uma vez que os problemas com que ela se ocupa são relacionados à cidade – e voltada ao comércio, sendo uma verdadeira instituição de mercado em sentido lato. Ela está associada diretamente ao mercantilismo, técnica que objetiva o fortalecimento do estado através do comércio, dentro do quadro concorrencial da balança européia. Como anteriormente se viu, o fortalecimento do estado unia duas vertentes, a externa, na relação de comércio concorrencial de equilíbrio, e a interna, com a polícia. Portanto, ambas estão completamente vinculadas.²⁷⁸

²⁷⁷FOUCAULT, *Sicurezza...*, p.237-238.

²⁷⁸"Se la governamentalità dello stato si interessa per la prima volta alla minuziosa materialità dell'esistenza e della coesistenza umana, dello scambio e della circolazione, se essa prende in considerazione per la prima volta 'l'essere' e 'il più che essere' attraverso la città, e problemi quali la sanità, le vie, i mercati, i cereali, le strade, ciò accade perché in quel momento il commercio è

Dessa forma, constata-se que a preocupação do Estado com a vida das pessoas está totalmente vinculada com seu objetivo de desenvolvimento econômico e a conseqüente implementação de suas forças.

A polícia não tem nada a ver com o direito – é o exercício do poder soberano sobre seus súditos enquanto súditos e nada mais; é a governamentalidade do soberano enquanto soberano, tendo em consideração apenas a sua racionalidade e não a lei. Tanto é assim que o instrumento da polícia não é a lei, mas o regulamento, que tem uma natureza totalmente diversa. Por meio do poder regulamentar o soberano age à revelia da lei, como se num golpe de estado permanente, em que o fundamento de suas providências situa-se única e exclusivamente nas necessidades do Estado. Com a disseminação dos regulamentos assiste-se a uma generalização da disciplina. Como melhor explicita Foucault:

Estamos no mundo do regulamento, no mundo da disciplina. Na grande proliferação da disciplina local e regional, que se pôde assistir a partir do fim do século XVI ao século XVII, nas casas, nas escolas, no exército, é preciso, de fato, ver um fenômeno que se instala sobre o fundo da tentativa de disciplinamento e de regulamentação geral dos indivíduos e do território do reino, e que adquire a forma de uma polícia com um modelo essencialmente urbano. Fazer da cidade uma espécie de quase-convento e do reino uma espécie de quase-cidade: é isso o grande sonho disciplinar que se destaca por trás da ação da polícia. Comércio, cidade, regulamentação, disciplina: eis os elementos mais característicos da prática da polícia [...] no século XVII e na primeira metade do século XVIII.²⁷⁹

pensato come lo strumento principale della potenza dello stato, e quindi come l'oggetto privilegiato di una polizia il cui obiettivo è la crescita delle forze dello stato." Tradução livre de: "Se a governamentalidade do estado se interessa pela primeira vez pela minuciosa materialidade da existência e da coexistência humana, da troca e da circulação, se essa toma em consideração pela primeira vez o 'ser' e o 'mais que ser', através da cidade, e problemas tais como a saúde, os modos, as mercadorias, os cereais, a estrada, isso acontece porque naquele momento o comércio é pensado como o instrumento principal de uma polícia cujo objetivo é o crescimento das forças do estado." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.245).

²⁷⁹"*Siamo nel mondo del regolamento, nel mondo della disciplina. Nella grande proliferazione della disciplina locali e regionali, cui si è potuto assistere dalla fine del XVI secolo al XVIII, nelle office, nelle scuole, nell'esercito, bisogna infatti vedere un fenomeno che si staglia sullo sfondo del tentativo di disciplinamento e di regolamentazione generale degli individui e del territorio del regno, e che prende la forma di una polizia con un modello essenzialmente urbano. Fare della città una specie di quasi-convento e del regno una specie di quasi-città: è questo il grande sogno disciplinare che campeggia dietro l'azione della polizia. Commercio, città, regolamentazione, disciplina: ecco gli elementi più caratteristici della pratica di polizia [...] nel XVII secolo e nella prima metà del XVIII.*" (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.247).

Problemas econômicos, principalmente referentes à circulação de cereais, vem implicar uma crise do Estado de Polícia a partir da primeira metade do século XVIII, dando origem a novas técnicas de poder, além das disciplinares, e a uma remodelação da sociedade. Os fisiocratas são os responsáveis pela elaboração das primeiras críticas, atribuindo como causa da crise o excesso de regulamentação (típica do mercantilismo) que impedia uma distribuição dos cereais de maneira eficiente o que, conseqüentemente, não evitava a escassez.

A razão de estado precisava ser limitada, mas não mais a partir de elementos externos, mas do interior da própria racionalidade de governo. Segundo Foucault, a teoria dos direitos naturais, dos direitos originários, do contrato social, ou seja, a teorização do direito público cumpria a função de limitação externa do poder da razão de estado do Estado de polícia. Trata-se, no curso dos séculos XVII e XVIII, de uma teoria de oposição. Todavia, a limitação, a partir da teoria dos direitos, apenas era aplicável, apenas podia entrar em ação, quando a razão de estado houvesse excedido os limites do direito: neste momento, o direito pode declarar o poder como ilegítimo.

Ocorrem no curso do século XVIII transformações que vão exigir uma outra espécie de limitação: uma limitação interna, em torno não mais da questão de ser ou não ser o poder legítimo, mas da questão "como não se governar demais". É dessa busca que se forma uma nova racionalidade de governo. Surge, a partir do século XVIII, uma nova forma de poder e uma nova forma de governamentalidade: trata-se da biopolítica, cuja racionalidade de governo, ou melhor, governamentalidade, será o liberalismo.

Mas antes de trabalhar mais especificamente com este novo tipo de poder e governamentalidade, cabe ressaltar o cuidado que Foucault tem em evitar que se entenda a biopolítica como sucessora da disciplina e o liberalismo como substituto da razão de estado. Não se trata disso. O que ocorre é o surgimento de novas tecnologias de poder que passam a conviver com as antigas, algumas vezes adaptando-as, remodelando-as, mas não as excluindo – a soberania, a disciplina e a biopolítica funcionam numa relação de conflito e complemento e não de exclusão.

A nova governamentalidade não é algo totalmente diferente da razão de estado, mas surge da própria necessidade de esta continuar se desenvolvendo. Ela adquire um novo princípio e um novo conteúdo para continuar se aperfeiçoando.²⁸⁰

b) Biopolítica e a governamentalidade liberal

Foucault não teve uma produção muito grande na análise deste tipo de poder como realizou em relação à disciplina. Na verdade, ele anuncia a biopolítica nas últimas páginas de "A vontade de saber" e na última aula do curso "Em defesa da sociedade" e tenta esmiuçar nos cursos "Segurança, Território e População" e "Nascimento da biopolítica" (todavia neste último, muito embora sua intenção fosse discorrer sobre a biopolítica, o autor por preocupar-se em desenvolver e explicar a forma de governo em que a biopolítica se desenvolve – o liberalismo – acaba não tratando especificamente desta).

As análises trazidas nas duas primeiras obras são um pouco diferentes que nos cursos subseqüentes ("Segurança, Território e população" e "Nascimento da biopolítica"). A impressão que se tem é que Foucault, nas duas primeiras obras, estava tendo "insights", idéias preliminares, que foram acrescentadas pelas pesquisas

²⁸⁰ *"È un'arte di governo certamente nuova nei suoi meccanismi, nei suoi effetti, nei suoi principi. Ma lo è solo fino ad un certo punto, perché non dobbiamo immaginare che costituisca la soppressione, la cancellazione, l'abolizione, Aufhebung, o comunque si voglia chiamarla, di quella ragion di stato di cui ho cercato di parlare la volta scorsa. Infatti, non si deve dimenticare che questa nuova arte di governare [...] la si deve considerare come una sorta di raddoppiamento, o per meglio dire, di raffinamento interno della ragion di stato, di cui costituisce un principio di mantenimento, di sviluppo più completo e di perfezionamento. Dunque, non si tratta di qualcosa di diverso dalla ragion di stato, di un elemento esterno che nega la ragion di stato nella curva del suo sviluppo."* Tradução livre de: "É uma arte de governo certamente nova em seus mecanismos, em seus feitos, em seus princípios. Mas o é somente até um ponto, porque não devemos imaginar que constitua a supressão, o cancelamento, a abolição, a *Aufhebung*, ou como se queira chamá-la, daquela razão de estado que procurei falar da última vez. De fato, não se deve esquecer que esta nova arte de governar [...] deve-se considerá-la como uma espécie de desdobramento, de desenvolvimento mais completo e de aperfeiçoamento. Assim não se trata de qualquer coisa diversa da razão de estado, de um elemento externo que nega a razão de estado, mas antes do ponto de inflexão da razão de estado na curva do seu desenvolvimento." (FOUCAULT, Michel. **Nascita della biopolitica**. Curso al Collège de France (1978-1979). Traduzione di Mauro Bertani e Valeria Zini. Milano: Giangiacomo Fertrinelli Editore, 2005. p.35-36).

posteriores. Seu foco de análise parece mudar um pouco e por isso analisar a biopolítica por estas obras se torna complicado. Em "A vontade de saber", Foucault considera biopoder o gênero de poder que captura a vida, cujas espécies são a disciplina e a biopolítica, tecnologias distintas, uma vez que aplicadas a objetos distintos.²⁸¹ No curso "Em defesa da sociedade", Foucault desenvolve a idéia de biopolítica para tentar explicar como a questão das raças retorna à discussão no século XIX, principalmente com o que ele chamou de racismo de Estado. Por isso o desenrolar de seu raciocínio toma um caminho específico para se chegar a este racismo de estado. Ainda, neste curso parece que utiliza biopoder e biopolítica como sinônimos, empregando-os indistintamente.²⁸² Já nos cursos "Segurança, Território e População" e "Nascimento da biopolítica", Foucault tenta elaborar, por meio da evolução e das transformações das práticas de governo, como a vida dos homens tornou-se governável, analisando a biopolítica indiretamente, por meio do estudo das práticas de governo. A presente dissertação tem a pretensão de trazer as principais idéias dessas obras, tentando, no que for possível, conciliá-las.

²⁸¹"[...] explosão, portanto, de técnicas diversas e numerosas para obterem a sujeição dos corpos e o controle das populações. Abre-se, assim, a era de um 'bio-poder'. As duas direções em que se desenvolve ainda aparecem nitidamente separadas, no século XVIII. Do lado da disciplina as instituições como o Exército ou a escola; as reflexões sobre a tática, a aprendizagem, a educação e sobre a ordem das sociedades [...] Do lado das regulações de população a demografia, a estimativa da relação entre recursos e habitantes, a tabulação de riquezas e de sua circulação, das vidas com sua duração provável [...]" (FOUCAULT, **História...**, p.132).

²⁸²O presente trabalho adota a utilização dos conceitos tendo como referência o obra "A vontade de saber", ou seja, biopoder como poder que captura a vida sob duas tecnologias: a disciplina e a biopolítica. Ainda que a preocupação terminológica não seja uma das de Foucault, o trabalho aqui feito tem a intenção de facilitar a compreensão, sem fechar os conceitos do autor que sempre buscava a abertura cada vez maior deles e a sua utilização como caixa de ferramentas. Trata-se apenas de uma opção metodológica para facilitar o trabalho, mas sem pretender qualquer definição e fechamento.

Biopolítica não é um termo utilizado pela primeira vez por Foucault, como se viu, mas a forma de sua abordagem é original. Para o autor, a biopolítica é um fenômeno eminentemente histórico. Ela aparece a partir da segunda metade do século XVIII como forma de poder prevalente da nova configuração de sociedade que aos poucos vai se formando: a sociedade de segurança.

A biopolítica não anulará ou substituirá a disciplina, mas a ela se integrará, utilizando-a e modificando-a parcialmente. Na medida em que a governamentalidade da sociedade onde a disciplina imperava entra em crise, novas tecnologias de poder são requeridas, mas isso não implica o desaparecimento da disciplina. Seus mecanismos continuam vigentes e influenciando, mas novos mecanismos entram em cena – os mecanismos da biopolítica (mecanismos de segurança).

Esse poder se aplicará "[...] não ao homem corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo [...] ao homem espécie."²⁸³ Somando-se ao poder disciplinar – a anátomo política do corpo humano – forma-se a biopolítica da espécie humana. Enquanto no poder disciplinar o corpo era "individualizado como organismo dotado de capacidades", na biopolítica é recolocado nos processos biológicos de conjunto.²⁸⁴

Trata-se da assunção da vida pelo poder – uma estatização do biológico²⁸⁵ – de uma maneira distinta da disciplina. Obviamente, como se viu, a disciplina corresponde a uma forma de poder em relação à vida, mas trata-se de um poder individualizante, cujo objeto principal que se toma é o corpo do indivíduo. A biopolítica, como técnica de poder, dirige-se a uma multiplicidade de indivíduos não tomados como corpos,

²⁸³FOUCAULT, **Em defesa...**, p.289.

²⁸⁴ FOUCAULT, **Em defesa...**, p.297.

²⁸⁵É importante destacar, que embora Foucault relacione a biopolítica a um processo de estatização do biológico, ela também é realizada por outros elementos não estatais, como o mercado, as instituições médicas, de seguridade privada. O mesmo cuidado em não aprisionar as tecnologias disciplinares na instituições e entendê-las como tecnologias de poder que podem ser apreendidas também pelo Estado, como no caso da polícia, como se analisou no item anterior, deve-se ter com a biopolítica, não a aprisionando ao Estado.

mas como uma massa global, afetada por processos de conjunto próprios da vida como o nascimento, morte, produção, doença. Assim, sua área de intervenção está em tudo o que se relaciona com estes acontecimentos ligados ao homem como ser vivo, analisados em termos de conjunto (fenômenos coletivos) e pelo instrumento do saber estatístico, o que torna estes acontecimentos naturais dados estatísticos de natalidade, mortalidade, fecundidade, longevidade, taxa de reprodução. Estes, somados às relações entre esta massa e seu meio de existência, correspondem às primeiras áreas de atuação da biopolítica. Como afirma Foucault:

O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar, em um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais este sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder.²⁸⁶

A biopolítica, portanto, é um poder que atua não mais sobre os corpos, nem governa mais indivíduos, mas atua sobre a vida do homem, governando uma massa global de seres vivos, que corresponde à *população*. Trata-se de um poder cuja razão de estado está voltada para a gestão da população, sendo esta tida não mais como o conjunto de súditos, sujeitos de direito, mas de homens como seres vivos.

A população não é mais vista apenas como a soma dos indivíduos produtivos, como no mercantilismo. A lógica "quanto mais, melhor", não se aplica aos economistas, que conferem à população um valor relativo: o número de pessoas será positivo dependendo da necessidade de trabalho, da quantidade de consumo e de recursos, sendo, portanto, variável conforme a situação. A população é regulada espontaneamente, obedece a processos naturais, a uma mecânica dos interesses, não sendo necessário intervir com regulações. A partir desta nova análise, "a população se revela uma realidade bem mais densa, consistente, natural que aquela série de sujeitos submetidos

²⁸⁶FOUCAULT, *História...*, p.134.

ao soberano e à intervenção da polícia [...]."²⁸⁷ De soma de sujeitos de direitos, a população passa a ser concebida como um conjunto de fenômenos naturais, o que permite o ingresso no campo da técnica de poder de uma "natureza", em novos moldes.

A naturalidade do Estado no fim da Idade Média – Estado que traduzia nas leis humanas, as leis naturais e divinas – rompida pela razão de estado do Estado de polícia, é retomada sob novos moldes pela governamentalidade inaugurada pelos economistas. Não se trata da naturalidade do cosmos, mas da naturalidade da sociedade: "[...] é uma naturalidade específica às relações que os homens estabelecem entre eles, àquilo que ocorre espontaneamente quando coabitam, quando estão juntos [...] quando trabalham [...]."²⁸⁸

Uma vez que a população passa a ser vista não mais como conjunto de sujeitos de direito, mas como conjunto de homens como seres vivos, percebe-se que o homem começa a aparecer em sua dimensão biológica, e isso ocorre a partir do momento em que o gênero humano aparece sob a forma de espécie humana.

Segundo Foucault, é exatamente a problematização da população no interior da análise dos seres vivos (relação meio-organismo) que permite a passagem da história natural para a biologia, da história das riquezas para a economia política, da gramática para a filologia, como se analisou em item anterior. Como afirma Foucault, a partir da constituição da população como fator correlato da técnica de poder, uma pluralidade de saberes são formados tendo como tema o "homem":

[...] a temática do homem e da 'ciência humana' que o analisam como ser vivo, indivíduo que trabalha, sujeito falante, surge a partir do nascimento da população enquanto elemento correlato do poder, e como objeto de saber. Depois de tudo, o homem, assim como foi pensado pela ciência considerada humana do século XIX e recebido como tal pelo humanismo do século XIX, não é senão a figura da população [...] até quando o problema

²⁸⁷"[...] la popolazione si rivela una realtà ben più densa, consistente, naturale di quella serie di soggetti sottomessi al sovrano e all'intervento della polizia [...]." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.256).

²⁸⁸"[...] è una naturalità specifica ai rapporti che gli uomini intrattengono tra loro, a ciò che avviene spontaneamente quando coabitano, quando sono insieme [...] quando lavorano [...]." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.254).

do poder se formula na teoria da soberania, de frente a esta não podia existir o homem, mas apenas a noção jurídica 'sujeito de direito'. Ao invés disso, do momento em que a referência imediata não da soberania mas da arte de governo foi a população, então se pode sustentar que o homem foi para a população, aquilo que o 'súdito de direito' foi para o soberano.²⁸⁹

É com a população que o governar adquire sua plenitude, a qual havia permanecido um tanto quanto bloqueada até o século XVIII, como afirma Foucault, em razão do mercantilismo ainda manter muita relação com a lógica soberana de poder. Como constata o autor, "mais eu falava de população, menos falava de soberania."²⁹⁰

O biopoder (tanto da disciplina, mas principalmente agora com a biopolítica) causa uma mudança nas concepções a respeito dos direitos de vida e de morte característicos da teoria clássica da soberania. Como afirma Foucault, em certo sentido, dizer que o soberano tem direito de vida e de morte significa, no fundo, que ele pode fazer morrer e deixar viver. Assim, a vida e a morte não seriam meros fenômenos naturais, fora do campo político. Nas palavras de Foucault: "[...] em relação ao poder, o súdito não é, de pleno direito, nem vivo, nem morto. Em todo caso, a vida e a morte dos súditos só se tornam direitos pelo efeito da vontade do soberano".²⁹¹

Foucault prossegue afirmando que o direito de vida e de morte se exerce de forma desequilibrada, sempre do lado da morte, sendo o efeito do poder soberano sobre a vida exercido a partir do momento em que o soberano pode matar: "[...] o direito de matar é que detém efetivamente em si a própria essência desse

²⁸⁹"La tematica dell'uomo e delle 'scienze umane' che lo analizzano come essere vivente, individuo che lavora, soggetto parlante, va compresa a partire dalla nascita della popolazione in quanto elemento correlato al potere e come oggetto di sapere. Dopo tutto l'uomo, così come è stato pensato dalle scienze cosiddette umane del XIX secolo e recepito come tale dall'umanesimo del XIX secolo, non è altro che una figura della popolazione [...] fino a quando il problema del potere si formulava nella teoria della sovranità, di fronte a questa non poteva esistere l'uomo, ma solo la nozione giuridica di 'suditi di diritto'. Invece, dal momento in cui il referente immediato non della sovranità ma dell'arte di governo è stata la popolazione, allora si può sostenere che l'uomo è stato per la popolazione ciò che il 'suddito di diritto' era stato per il sovrano." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.69).

²⁹⁰"Più parlavo di popolazione, meno parlavo di 'sovrano'." (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.66).

²⁹¹FOUCAULT, **Em defesa...**, p.286.

direito de vida e de morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu direito sobre a vida. É o direito de fazer morrer ou de deixar viver".²⁹²

Segundo Foucault, então, esse "direito" da soberania, com as transformações políticas do século XIX²⁹³, será complementado por um outro direito, que irá perpassá-lo e modificá-lo: o direito de fazer viver e deixar morrer. Este novo direito se instalará em função das técnicas de poder da disciplina, mas, principalmente, da biopolítica. Nas palavras de Foucault, "A velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida".²⁹⁴

Em razão do desenvolver de uma nova lógica em que o poder político assumia a tarefa de gerir a vida e não apenas de fazer morrer, a aplicação da pena de morte torna-se cada vez mais difícil, e não por razão de sentimentos humanitários, mas porque, segundo esta nova lógica, o maior poder não corresponde ao de causar a morte, mas ao de garantir e multiplicar a vida. O suicídio que era até então

²⁹²FOUCAULT, **Em defesa...**, p.286-287.

²⁹³Como bem expõe Foucault, essa transformação não ocorre de uma hora para outra, mas é decorrente de um processo que já vinha desde o século XVII problematizando a vida com relação ao poder político. Nas palavras do autor: "Vocês já vêem, nos juristas do século XVII e sobretudo do século XVIII, formulada essa questão a propósito do direito de vida e de morte. Quando os juristas dizem: quando se contrata, no plano do contrato social, ou seja, quando os indivíduos se reúnem para constituir um soberano, para delegar a um soberano um poder absoluto sobre eles, por que o fazem? Eles o fazem porque estão premidos pelo perigo ou pela necessidade. Eles o fazem, por conseguinte, para proteger a vida. É para poder viver que constituem um soberano. E, nesta medida, a vida pode efetivamente entrar nos direitos do soberano? Não é a vida que é fundadora do direito soberano? E não pode o soberano reclamar efetivamente de seus súditos o direito de exercer sobre eles o poder de vida e de morte, ou seja, pura e simplesmente, o poder de matá-los? Não deve a vida ficar fora do contrato, na medida em que ela é que foi o motivo primordial, inicial e fundamental do contrato? Tudo isso é uma questão de filosofia política que se pode deixar de lado, mas que mostra bem como o problema da vida começa a problematizar-se no campo do pensamento político, da análise do poder político." (FOUCAULT, **Em defesa...**, p.287-288).

²⁹⁴FOUCAULT, **História...**, p.130

considerado crime na medida em que significava a usurpação do direito do soberano sobre a vida do súdito, tornou-se objeto de análise sociológica.²⁹⁵

Ainda, na biopolítica, por ser tecnologia de poder ligado ao "fazer viver", a doença é vista como um fenômeno de população, não mais como epidemia, mas como morte permanente que se introduz na vida e a corrói, a diminui e a enfraquece. Enfraquece a vida e diminui o tempo de trabalho e de produção, gerando custos pela produção não realizada e pelos investimentos em tratamento.

Saberes como da medicina e higiene serão valorizados no século XIX por terem influências sobre processos orgânicos e biológicos, sobre o corpo e a população, portanto. A medicina passa a ter função de higiene pública. Ocorre um processo de medicalização da população, concomitante a um processo de exclusão de determinados indivíduos – são criados campos de incapacidades e neutralização, daqueles que se tornaram inativos perante o sistema de produção: a velhice, a enfermidade e a anomalia. Surgem, então, mecanismos de assistência, como a seguridade, a poupança individual e coletiva etc.

Como essa técnica de poder, por ser um poder de "fazer viver", que se aplica sobre o homem como ser vivo, intervindo para aumentar, otimizar a vida e controlar suas eventualidades, a morte corresponderá ao limite deste poder.

Ocorre, assim, uma progressiva desqualificação da morte. Ela deixa de ser um ritual público, perdendo seu brilho cerimonial, tornando-se, ao contrário, em algo privado e vergonhoso:

Enquanto, no direito de soberania, a morte era o ponto em que mais brilhava, da forma mais manifesta, o absoluto poder do soberano, agora a morte vai ser, ao contrário, o momento em que o indivíduo escapa a qualquer poder, volta a si mesmo e se ensimesma, de certo modo, em sua parte mais privada [...] o poder deixa a morte de lado.²⁹⁶

²⁹⁵FOUCAULT, **História...**, p.130.

²⁹⁶FOUCAULT, **Em defesa...**, p.296.

A morte como termo da vida simboliza, portanto, o limite, a extremidade do poder. O poder não tem domínio sobre a morte, mas apenas sobre a mortalidade, ou seja, sobre um mero dado estatístico.

A manutenção da vida a qualquer preço, com a utilização de todos os esforços disponíveis, não é característica do progresso científico por si só, mas é consequência direta de um exercício de poder: "E, mediante um poder que não é simplesmente proeza científica, mas efetivamente exercício desse biopoder político que introduzido no século XIX, faz-se tão bem as pessoas viverem que se consegue fazê-las viver no mesmo momento em que elas deveriam, biologicamente, estar mortas há muito tempo."²⁹⁷

Assim, percebe-se que o homem tem sua vida apreendida pelo poder em todos os seus aspectos, inclusive no biológico. Como afirma Foucault a partir do século XIX o poder toma posse da vida, do orgânico ao biológico, do corpo à população. A disciplina já havia capturado a vida, mas é apenas a partir da biopolítica que as características biológicas que caracterizam a espécie humana tornam-se objetos de uma política. Assim, capturando a vida em novos contornos, a biopolítica atua sobre novos mecanismos: os mecanismos de segurança, típicos de uma nova governamentalidade, que, segundo Foucault, corresponde à governamentalidade liberal.²⁹⁸

Sobre a governamentalidade liberal Foucault trata principalmente em seu curso "O Nascimento da biopolítica". No início dessa obra, o autor expõe que o tema que a ser trabalhado é a biopolítica. Todavia, expõe que, antes de esmiuçar a biopolítica, faz-se necessário analisar a realidade maior em que ela está inserida, qual seja, o liberalismo. Nas aulas seguintes ele prossegue analisando o neoliberalismo alemão e depois o americano. A princípio, tem-se a impressão que Foucault se desviou do

²⁹⁷FOUCAULT, **Em defesa...**, p.296.

²⁹⁸Foucault afirma que liberalismo pode ser analisado sob diferentes perspectivas: como princípio da limitação do governo que não é só externa, como prática e como organização dos métodos de limitação do governo. Trata-se, pois, de uma das formas de governamentalidade moderna (FOUCAULT, **Nascita...**, p.32).

tema. E de fato isso aconteceu. Todavia, ao trazer os elementos e fundamentos do liberalismo, um leitor mais atento pode identificar como esta arte de governar aplica em suas bases a lógica biopolítica – a intervenção na população e na vida do homem. E é por essa razão que a presente pesquisa não pôde prescindir de trazer a análise de Foucault sobre esta "arte de governar", tentando ler nas entrelinhas e identificar onde a biopolítica se mostra.

Como já se afirmou anteriormente, a razão de estado se reformula dando origem a uma governamentalidade nova, decorrente da autolimitação interna da arte de governar – uma autolimitação de fato, e não de direito (uma vez que esta era a limitação externa) – imposta pela economia política e submetida a um regime de verdade. Trata-se do liberalismo, uma das formas de governamentalidade moderna que tem a população como objeto, a economia política como saber e os mecanismos de segurança como tecnologias de poder.

A economia política,²⁹⁹ novo saber da nova governamentalidade, descobre uma nova naturalidade, diversa daquela da lógica dos direitos naturais originários e anteriores à governamentalidade. Trata-se de uma natureza característica, específica da prática de governo, que serve de limitação ao governo: respeitar a natureza dos fenômenos, "deixar fazer". O problema do governo está focado, a partir da nova racionalidade, em como governar no limite do que é fixado pela natureza das coisas.

Nessa nova forma de governar, tudo se dinamiza a partir do âmbito econômico, uma vez que as críticas que se fizeram ao Estado de Polícia partiram exatamente de economistas. A "descoberta" da naturalidade dos fenômenos e a idéia de respeitar esta naturalidade, partindo da compreensão de que a intervenção pode ser não só inútil como também prejudicial, são fortemente afirmadas, não apenas no âmbito dos

²⁹⁹Não cabe mais ao direito dizer como e onde o poder pode ou deve agir (sempre tendo em vista termos de legitimidade), mas ao novo saber que surge nesse período, no interior mesmo da razão de estado (ao contrário das teorias jurídicas) e que está totalmente vinculada à dinâmica liberal de governar-se pouco – a economia política, que age segundo a lógica da eficácia dos resultados. O sucesso ou a falência do Estado dependerá não mais de sua legitimidade ou ilegitimidade, mas da utilidade e eficiência de suas ações e de seus resultados (FOUCAULT, *Nascita...*, p.26).

fenômenos naturais propriamente ditos (nascimento, morte, por exemplo), como também no campo do mercado.

O mecanismo natural do mercado e a formação de um preço natural permitem que o mercado determine sua própria verdade e a imponha às práticas de governo, passando a ser critério de definição destas: se são falsas ou verdadeiras, certas ou erradas. Para ser um bom governo, não basta que seja justo; ele deve funcionar segundo uma verdade, qual seja, a do mercado em seu mecanismo natural – o mercado diz a verdade e a diz em relação à prática de governo. A economia política viabiliza a autolimitação interna do governo, portanto.

Uma característica própria do liberalismo, em contraste com a razão de estado, é o objeto do seu governo: no liberalismo não se governa mais o indivíduo, mas governam-se interesses.³⁰⁰ Como afirma Foucault:

O novo governo, a nova razão de estado, não se relaciona com aquilo que chamaria como as coisas em si da governamentalidade: os indivíduos, as coisas, as riquezas, as terras. Não se relaciona mais com essas coisas em si. Relaciona-se, antes, com aqueles fenômenos que são os interesses [...]. No seu novo regime o governo não deve mais exercitar-se sobre os súditos, e sobre coisas sujeitadas por meio dos súditos. O governo se exercitará agora sobre aquela que podemos chamar a república fenomênica dos interesses.³⁰¹

Apesar do nome, Foucault aponta que esta nova arte de governo não significa mais liberdade. A liberdade dos fenômenos naturais que o governo deve limitar-se a respeitar está mais para um naturalismo de governo do que para o implemento da

³⁰⁰Para demonstrar esse deslocamento, Foucault aponta para a transformação da aplicação da pena no sistema penal. Antes a pena era o suplício, havendo, portanto, uma intervenção direta do soberano no corpo do indivíduo. A partir do século XVIII as penas se tornam menos severas, mas não porque a sociedade se tornou mais solidária, mas porque entre a autoridade soberana e o crime se interpôs o interesse – a punição ocorre na proporção do interesse (do criminoso, da coletividade).

³⁰¹"Il nuovo governo, la nuova ragione di governo, non ha a che fare con quelle che chiamerei le cose in sé della governamentalità: gli individui, le cose, le ricchezze, le terre. Non ha più a che fare con queste cose in sé. Ha piuttosto a che fare con quei fenomeni della politica che sono gli interessi [...]. Nel suo nuovo regime il governo non deve più esercitarsi su dei sudditi, e su cose assoggettate attraverso i sudditi. Il governo si eserciterà ora su quella che potremmo chiamare la repubblica fenomenica degli interessi." (FOUCAULT, *Nascita...*, p.52).

liberdade dos indivíduos. Dessa maneira, o autor esclarece que quando utiliza o termo "liberal" não quer dizer uma forma de governamentalidade em que se deixa mais espaço à liberdade, mas no sentido que esta nova prática de governo produz, fabrica liberdade para poder consumi-la.³⁰²

O contraponto da produção de liberdade está na produção da segurança – a segurança existe como critério de cálculo da produção de liberdade, na medida em que determina até que ponto a defesa dos interesses individuais não significa um perigo para o interesse coletivo. O objetivo da segurança é proteger este em relação àquele. A estratégia da segurança, que é a mecânica dos interesses e sua relação com a liberdade, é o centro propulsor da razão de governo que é o liberalismo.

A noção de perigo irá arbitrar a liberdade e a segurança dos indivíduos e adquire nesse período uma outra perspectiva – não mais se relaciona à peste, à morte, à guerra, mas liga-se ao medo de degeneração do indivíduo, da família, da raça, da espécie humana. Cria-se uma verdadeira cultura do perigo.

Como contrapeso da liberdade, o liberalismo cria uma formidável extensão de controle, constrição e coerção. Na mesma proporção em que se cria e se produz liberdade, criam-se também mecanismos de controle e intervenção, ou melhor, mecanismos de segurança (tal incongruência vem acarretar exatamente a crise do liberalismo, decorrente, segundo Foucault, da própria crise do capitalismo e do dispositivo geral de sua governamentalidade).

³⁰²*"La nuova ragione di governo ha dunque bisogno di libertà, la nuova arte di governo consuma libertà. Se consuma libertà è obbligata anche a produrne, e se la produce è obbligata anche a organizzarla. La nuova arte di governo si presenterà pertanto come 'arte di gestione della libertà, ma non nel senso dell'imperativo: 'sii libero' [...]. Il liberalismo, semplicemente, dice: 'ti procurerà di essere libero. [...]sia libero di essere libero.'" Tradução livre de: "A nova razão de estado tem, assim, necessidade de liberdade, a nova arte de governo consome liberdade. Se consome liberdade é obrigada também a produzir dela, e se a produz é obrigada também a organizá-la. A nova arte de governo se apresentará, portanto, como arte de gerir liberdade, mas não no sentido imperativo: 'seja livre'. [...] O liberalismo simplesmente diz: 'procure ser livre' [...] seja livre de ser livre'." (FOUCAULT, Nascimento..., p.65).*

A palavra de ordem da governamentalidade liberal é gerir³⁰³. A intervenção estatal é limitada; há um controle, uma manipulação dos acontecimentos, mas isto se dá não impedindo que os fenômenos ocorram, mas deixando que eles aconteçam de maneira aceitável e funcional (num nível ótimo), o que não implica menos controle do que os mecanismos disciplinares, mas sim um controle diferente, em muitos casos, até mesmo, mais efetivo. Como expõe Foucault, é preciso enquadrar os fenômenos naturais para que não se desviem, e isto será feito pelos mecanismos de segurança, pelos quais se garante a segurança dos fenômenos naturais.

Os mecanismos de segurança têm uma racionalidade totalmente diferente da disciplina. Ambos agem normalizando subjetividades e vidas, mas fazem isso de forma diferente. A disciplina, como anteriormente se viu, analisa e decompõe os indivíduos, os lugares, o tempo, os gestos, as operações, enfim, os elementos necessários para formá-los e modificá-los; classifica os elementos em função de objetivos determinados; estabelece as seqüências e coordenações que são ótimas (como repartir os soldados, distribuir os estudantes na sala de aula); fixa os procedimentos de adestramento e controle permanentes e estabelecem aqueles que serão considerados capazes e incapazes – determina os normais e os anormais. A disciplina age sempre por um código binário (normal/anormal) e pela interdição. Assim, conclui Foucault, o que ocorre é uma verdadeira *normação*, na medida em que é da norma que parte a determinação do normal e do anormal.

Os mecanismos de segurança não agem interditando, como a lei e a disciplina, tentando impedir fenômenos, mas tentam lidar com a realidade dada e com certas relações que permitam anular tais fenômenos ou mantê-los em níveis aceitáveis. São mecanismos que agem por previsões, estimativas estatísticas e medições globais, como já havia apontado Foucault no curso "Em defesa da sociedade". A intervenção dos mecanismos de segurança não age no nível do indivíduo tentando moldá-lo,

³⁰³FOUCAULT, Nascita..., p.33.

mas no nível global e no campo aleatório da população tenta fixar equilíbrios, manter médias, assegurar compensações.³⁰⁴

Resumidamente, a regulação biopolítica ocorre por meio de seus mecanismos de segurança que agem pela determinação de grupos de risco (quantificação e cálculos de risco), estabelecendo níveis de periculosidade, e a partir disso estabelecem medidas de **prevenção**, para evitar as situações de crise, em que o controle se torna mais difícil. Lida-se sempre com a naturalidade dos fenômenos (inacessíveis à manipulação do governo), jogando com a regularidade (natural) destes, com exceção de algumas situações (de crise) em que se exige uma intervenção direta do governo.

Os mecanismos de segurança agem com previsões, estimativas, medições globais que têm por objeto fenômenos coletivos, fenômenos de série; são mecanismos reguladores da população global que buscam o equilíbrio no seu campo aleatório. Leva-se em conta. "[...] a vida, os processos biológicos do homem-espécie (assegurando) sobre eles não uma disciplina, mas uma regulamentação"³⁰⁵ – em moldes diferentes

³⁰⁴Para analisar esses dispositivos, como foram surgindo, Foucault faz uso da análise das epidemias, mais especificamente da varíola, a qual impulsionou na época uma política médica até então impensável. Os fenômenos foram encarados em termos gerais, de cálculo, de probabilidade, graças a instrumentos estatísticos. Foram interiorizadas nas práticas médicas as práticas estatísticas (variolação e vacinação beneficiaram-se de um suporte matemático). A variolação não tentava impedir a varíola, mas criar condições que a anulação se produzisse. O objetivo era que a varíola deixasse de ser uma doença "reinante" – doenças substanciais que tomam os corpos nas cidades, nas regiões, na maneira de viver, ou seja, são doenças que retratam a relação de um mal com um lugar. Aparece então a noção dos "**casos**" da doença distribuídos na população de acordo com o lugar e o tempo. Trata-se de uma maneira de individualizar os fenômenos coletivos ou ainda, coletivizar por meio da quantificação – integrar no campo coletivo os fenômenos individuais. A doença tornada acessível em nível individual e coletivo possibilita identificar os grupos de **risco** e os fatores de risco que influenciam no sucesso ou insucesso do indivíduo contra a doença. Idade, lugar onde vive, cidade, profissão, hábitos – todos estes são elementos cuja combinação vai determinar a probabilidade do risco. Constatando-se zonas de maior e de menor risco podem-se determinar os índices de risco inaceitáveis que configuram, por sua vez, uma situação de **perigo**. Quando a proliferação das doenças se multiplica num nível incontável, numa aceleração circular que não se consegue interromper, tem-se a **crise**, a qual solicita a intervenção de um mecanismo artificial para agir sobre o meio, possibilitando o retorno aos níveis de risco aceitáveis (FOUCAULT, *Sicurezza...*, p.49-69).

³⁰⁵FOUCAULT, *Em defesa...*, p.293-294.

da regulamentação disciplinar, uma vez que esta era individualizante e detalhista, e a dos mecanismos de segurança serão gerais e globais.

Percebe-se, então, uma diferença bastante evidente entre a maneira de atuação da disciplina e da segurança. As disciplinas combatem as epidemias, por exemplo, atuando diretamente sobre os indivíduos, isolando os contaminados dos não contaminados e prescrevendo condutas para ambos com fim de evitar a propagação da doença. Já os dispositivos de segurança não fazem rupturas, mas atuam com a população numa massa global e dentro desta população analisam as probabilidades e taxas de mortalidade e morbidade desta população em geral.

A partir desses mecanismos, a normalidade não é demarcada por uma norma, mas há uma distribuição de normalidade, uma marcação de diferentes curvas e níveis de normalidade: há os mais e os menos normais; há antes o normal da realidade e depois a norma. Procura-se regular os menos normais, tendo em vista as curvas específicas, em relação à normalidade global:

Um sistema que parte do normal e se utiliza de quaisquer casos considerados, por assim dizer, mais normais ou, em cada caso, mais favoráveis que os outros. Serão estas distribuições a servir a norma. A norma é um jogo no interior das normalidades diferenciais. Vem primeiro o normal; a norma é deduzida, fixa-se e torna-se operativa em seguida a este estudo das normalidades. Direi portanto que não se trata mais de uma normação, mas de uma normalização em sentido estrito.³⁰⁶

Além da forma de atuação, o espaço em que os mecanismos se aplicam também é diferente. Enquanto a soberania se exerce sobre um território, a disciplina sobre corpos, os mecanismos de segurança atuam sobre a população inserida num meio ambiente.

³⁰⁶*"Un sistema che parte dal normale e si serve di ogni caso, più favorevoli delle altre. Saranno queste distribuzioni a servire da norma. La norma è un gioco all'interno di normalità differenziali. Viene prima il normale; la norma è dedotta, si fissa e diviene operativa in seguito a questo studio delle normalità. Direi pertanto che non si tratta più di una normazione, ma di una normalizzazione in senso stretto."* (FOUCAULT, **Sicurezza...**, p.55-56).

Como na disciplina, a governamentalidade que age pelos mecanismos de segurança atua, preferencialmente, nas cidades e preocupa-se em como administrar a circulação. Enquanto na soberania o problema era como marcar o território e proteger o príncipe, aqui a questão será de como fazer e não fazer circular e em garantir a segurança da população. Trata-se de trabalhar com a naturalidade da espécie humana dentro de um espaço artificial.

A disciplina constrói um espaço, estruturado de forma organizada e hierárquica (as instituições, por exemplo). A segurança, por sua vez, trabalha com os eventos inscritos em um espaço composto por elementos naturais (rios, montanhas) e artificiais (indivíduos, circulação de mercadorias) – o *meio*, o *ambiente*. Este é o espaço por excelência da circulação, e, portanto, da segurança e seus mecanismos.³⁰⁷ Estes mecanismos intervêm sobre a população, concebendo esta como um conjunto de indivíduos, uma multiplicidade biologicamente vinculada à materialidade na qual existem, por isso que a lógica dos mecanismos de segurança relaciona-se com o tomar conta do meio – cuidar do ambiente implica necessariamente influir na população que nele vive³⁰⁸. A intervenção sobre o meio – circulação de ar, águas, riquezas, alimentação, medicamentos – age diretamente sobre a população (uma vez que esta passou a ser considerada como um conjunto de fenômenos naturais que devem ser geridos pela sua própria naturalidade).

A intervenção no meio, ou seja, sobre fatores que influenciam a população, é a forma mais eficaz de regulá-la, pois, uma vez que a população é a soma de indivíduos com aspirações e desejos distintos, é agindo sobre elementos aparentemente externos a ela que sobre ela se exerce um controle. Por meio dos mecanismos de segurança,

³⁰⁷Por exemplo, quanto mais pessoas aglomeradas, maior a probabilidade de doenças, maior o número de mortes – a segurança trabalha com esta lógica de causa e efeito dos eventos e tenta trabalhar com ela para evitar ou estimular o objetivo que seja.

³⁰⁸FOUCAULT, *Sicurezza...*, p.30.

não mais se moldam desejos, mas se determina a regularidade dos fenômenos manuseando-se dados da própria realidade. Portanto:

Percebe-se que se trata de uma nova forma de combate ao inimigo interno. Não mais interdição e exclusão; não mais prescrição abstrata de condutas; a partir de agora o combate ao inimigo interno se dá indiretamente, através de ações sobre a realidade do meio em que ele se encontra e que, respeitando a naturalidade de seus processos vitais e comportamentos espontâneos, manipulam os elementos que os condicionam de modo a obter resultados desejados. O dispositivo de poder da sociedade de segurança sabe que o inimigo interno, fator de fraqueza do Estado e risco para a população como espécie biológica (a fome, um vírus) e como público (comportamentos como o furto, o voto em branco, o uso das drogas, determinadas práticas sexuais), jamais pode ser totalmente eliminado. Até porque, mesmo que a eliminação total fosse possível, o seu custo seria maior que o custo da tolerância. Entretanto, esse inimigo pode ser regulado, equilibrado e reduzido a índices aceitáveis, de modo a garantir a segurança da população e o permanente crescimento das forças do Estado.³⁰⁹

Para Foucault, a vida dos indivíduos que compõem a população, os indivíduos do interesse, na lógica liberal, passa a ser o verdadeiro objeto desta governamentalidade que age sobre o ambiente e que está sempre preocupada em mantê-los ativos economicamente – trata-se de imunizar o inimigo e funcionalizá-lo. Assim, interferir no ambiente é, de alguma maneira, interferir na população (de maneira diferente, como se viu, da disciplina). É justamente assim que a biopolítica age – interfere no meio para interferir na vida, normalizando os sujeitos e suas subjetividades.

A partir da análise de Foucault em "Nascimento da Biopolítica" pode-se perceber a importância que tanto o Estado, em sua forma liberal (e neoliberal), bem como o mercado, e a relação entre ambos, têm na aplicação de mecanismos biopolíticos que interferem constantemente na vida dos indivíduos.

Mas, muito embora tantos poderes captem a vida, esta vida escapa ao direito. O direito moderno e suas categorias jurídicas têm suas elaborações bastante vinculadas

³⁰⁹GUANDALINI, Walter Junior. **A crise da sociedade de normalização e a disputa jurídica pelo biopoder**: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.70.

ao pensamento político moderno do poder soberano. O direito moderno nasce juntamente com a emergência do sujeito de direito; a subjetividade jurídica, com a subjetividade racional, e daquela, categorias como personalidade, capacidade jurídicas. Quando nasce o sujeito de direito, como afirma Foucault, ainda não havia nascido o "homem". Nasce o homem (ser vivo, trabalhador e falante), nasce a vida, mas deste homem concreto e de sua vida parece que o direito moderno não tomou muito conhecimento e continuou trabalhando com sua construção abstrata de sujeito. Todavia, como afirma Foucault, o poder “não estará somente a voltas com sujeitos de direito sobre os quais seu último acesso é a morte, porém com seres vivos, e o império que se poderá exercer sobre eles deverá situar-se no nível da própria vida”³¹⁰, vida que de fato é capturada por diversas tecnologias de poder que investem em sua otimização, em seu melhoramento.

É importante ressaltar que quando se afirma este estranhamento do direito com a vida, trata-se da vida num sentido de potência, de concretude, de pluralidade e possibilidades. Por certo que o direito além de estar ligado com a lógica soberana, e neste contexto lida com o sujeito de direitos abstrato da lei, também se relaciona com a lógica da normalização do biopoder e neste sentido, capta, aproxima-se da vida.³¹¹

³¹⁰FOUCAULT, **História...**, p. 134.

³¹¹O autor Márcio Alves da Fonseca destaca em sua obra “Michel Foucault e o direito “ o quanto o biopoder, tanto no que se refere à disciplina, como no domínio da biopolítica são abarcadas e viabilizadas pelo direito, por um direito, portanto normalizado normalizador: “Focalizando os domínios de efetivação das disciplinas (o corpo e os espaços institucionais), nos foi possível precisar algumas das manifestações concretas da imagem de um direito normalizado-normalizador em Foucault. Tal imagem aparecia, então, nas medidas de apropriação dos corpos a serem inseridos nas instituições, aparecia também no refluxo da ‘verdade’ acerca dos indivíduos, ‘verdade’ que era constituída em objeto mesmo do direito (como por exemplo, a verdade científica sobre o perfil do delinquente). [...] O domínio de efetivação da biopolítica [...]. Em relação a tal domínio, a imagem de um direito normalizado-normalizador em Foucault é integrada pelas inúmeras formas de atuação das leis, dos decretos administrativos, das medidas de segurança, dos regulamentos, das decisões judiciais, das arbitragens que dispõem sobre situações e realidades diversas como: o papel e as funções dos órgãos públicos em face das ‘necessidades’ da sociedade; os problemas ligados às condições em que se desenrolam as atividades produtivas dos indivíduos e a tudo aquilo que interfere sobre elas

Um dos exemplos mais nítidos desta dupla atuação e ligação do direito – tanto com a lógica soberana quanto com a lógica do biopoder foi o nazismo, a partir do qual o direito captou o homem como ser vivo, em sua dimensão biológica e como sujeito de direito, ao mesmo tempo. E as conseqüências disso como se viu ao longo do século XX foram desastrosas. O hitlerismo em vez de caracterizar o homem sempre cindido por uma racionalidade e uma corporidade, assume a condição histórica, física, material e a indissolubilidade entre o corpo e o espírito, entre a natureza e a cultura. O nazismo fez uma curiosa combinação entre o poder soberano e a biopolítica. Fazendo esta combinação tão bem interligada entre estes poderes combinou também as formas de se compreender o ser humano a partir destes poderes: como sujeito de direito e como ser vivo. A despersonalização dos judeus foi uma verdadeira (des)articulação entre ambos: destituíram-se os direitos destes seres humanos fazendo assim com que eles deixassem de ser sujeitos de direitos, tornando-os apenas seres vivos, não mais humanos, cujas vidas poderiam ser incondicionalmente eliminadas – o fato do ser humano estar vivo não era condição de proteção para os nazistas, pois a vida do ser humano que deveria ser protegida era a do homem como sujeito de direito. Mas, ao mesmo tempo, a principal característica que conferia ao ser humano o *status* de sujeito de direito era exatamente a sua configuração biológica. Biologia e direito aqui se aliam com combinantes determinantes – inclui-se a vida no direito apenas daqueles biologicamente bem constituídos e não perigosos. As vidas destes perigosos são incluídas apenas na exclusão – a eles se aplicam a lógica moderna, mas não para lhe conferir direitos, mas para desses privá-los. Se existe um direito que determina quando morrer e quando viver, é necessária a inclusão para poder matar – trata-se de uma inclusão-exclusiva.

(os regimes dos contratos de trabalho, as durações, os descansos, os acidentes, a invalidez e a morte); as questões de seguridade social; os problemas ligados à saúde pública; as questões de segurança e de proteção; o problema da responsabilidade criminal e civil implicadas nas relações entre indivíduo, nas relações entre indivíduo e sociedade e nas relações entre indivíduo e Estado; enfim, em tudo aquilo que concerne às políticas econômicas, sociais e culturais a cargo de um Estado e de seu governo.” (FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.233-234).

Hoje, mais do que nunca, o homem em sua configuração biológica vem requerendo do direito uma legislação que lhe abarque. Todavia esta apreensão se mostra extremamente complicada e ineficaz quando se percebe o quanto o direito está preso a suas categorias modernas que, quando surgiram, ignoravam o "homem como ser vivo", apreendiam-no apenas como sujeito racional e moral (Descartes e Kant). Quando se tenta legislar sobre questões que tomam a vida e que o sujeito de direito moderno perde sua configuração (por exemplo, a questão dos embriões – os embriões são sujeitos de direito? têm direitos se não são sujeitos? No caso da eutanásia, em que o sujeito comatoso perde sua consciência e embora continue tendo direitos perde a capacidade de exercê-los – o sujeito racional que deu forma ao sujeito de direito não está mais ali; o sujeito de direito fica vazio) o direito perde o rumo. Onde não há mais sujeito racional o direito perde seu campo de ação, ou melhor, continua tendo que agir, mas não sabe como. Onde está a vida e o homem ser vivo, mas não está mais o sujeito de direito, o direito não sabe o que fazer. Às vezes mata esta vida, como no caso da pena de morte (poder soberano de fazer morrer), às vezes a defende acima da própria vontade do ser vivente (biopoder que faz viver). Sem saber como lidar com a vida, ou a faz escapar, pela impossibilidade de enquadrá-la em suas categorias abstratas ou a capta funcionando conforme a lógica normalizadora do biopoder.

Como resolver este impasse? Como elaborar um direito que seja permeável à vida sem desembocar numa lógica mortífera e excludente como o nazismo? Como criar um direito que a abarque sem aprisioná-la pelas garras do biopoder permitindo a realização plena de sua potência?

Talvez o caminho para desatar os nós da relação entre direito e vida pode ser iluminado pela teorização de um importante filósofo do cenário italiano, Giorgio Agambem. Os paradoxos da relação entre poder, vida e direito serão muito bem examinados por ele, que analisa este paradoxo partindo da análise biopolítica legada por Foucault, muito embora sua teorização apresente muitas diferenças da abordagem foucaultiana.

O próprio autor na introdução de seu livro "Homo sacer: poder soberano e a vida nua" indica que sua pesquisa "concerne precisamente este oculto ponto de interseção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder". Essa interseção entre os poderes pode indicar uma interseção entre direito e vida, entre sujeito de direito e homem-ser vivo.

CAPÍTULO 2

BIOPOLÍTICA: AMPLITUDE DE UM CONCEITO

2.1 GIORGIO AGAMBEN: PODER SOBERANO E VIDA NUA

Duas referências fundamentais estão presentes na obra de Giorgio Agamben: Michel Foucault e Hannah Arendt. A influência de Foucault e de sua teorização sobre biopolítica é evidente. Mas o autor procura ir além, tentando unir os vazios das obras de Foucault e de Arendt. Como ele mesmo afirma, é curioso notar como, apesar de sua análise sobre a biopolítica e os paradoxos desta, que permitiu a produção de tantas mortes, a análise dos campos de concentração tenha sido ignorada por Foucault; assim como percebe que muito embora Arendt tenha analisado com uma originalidade ímpar e extremamente rica a questão dos refugiados, do totalitarismo e dos direitos dos homens, tenha prescindido do conceito de biopolítica.³¹²

É tentando fazer encontrar as análises de ambos os autores, bem como integrando a eles novas idéias que Agamben elabora sua própria idéia de biopolítica, que se apresenta cada vez mais atual e pertinente para se analisar o contexto contemporâneo. E o instrumento pelo qual assume tal empreita é o de "vida nua".

Agamben constata o reconhecimento feito por Foucault da mudança política nos séculos XVIII e XIX, a partir da qual a vida biológica do homem ingressa no âmbito político. Biopolítica em Foucault, portanto, tem mais ou menos marcada uma data de nascimento, é histórica, pois leva em conta as alterações nas dinâmicas de poder que ao longo do tempo nela desembocaram.

³¹²Referindo-se a Foucault afirma Agamben: "A pesquisa, que iniciou-se com a reconstrução do *grand enfermement* nos hospitais e nas prisões, não se conclui com uma análise do campo de concentração. Por outro lado, se as penetrantes indagações que Hannah Arendt dedicou no segundo pós-guerra à estrutura dos Estados totalitários têm limite, este é justamente a falta de qualquer perspectiva biopolítica." (AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002. p.125).

Em Agamben, por sua vez, biopolítica é algo maior, característico não só da política moderna, mas da política ocidental, ou seja, está na base de como o ocidente formou a sua política. Logo na introdução de seu livro "Homo sacer: poder soberano e vida nua", afirma:

A tese foucaltiana deverá, então, ser corrigida ou, pelo menos, integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *polis*, em si antiqüíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; decisivo é, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progressivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irreduzível indistinção.³¹³

Para ele biopolítica é essencialmente a relação que se travou na política ocidental entre vida nua (tendo Walter Benjamin como referência) e poder soberano (Carl Schmitt), os dois eixos a partir dos quais Agamben desenvolve todo seu raciocínio. É a apreensão desta vida pela política que caracteriza toda a política ocidental. A apreensão da vida biológica pelo Estado, a partir do final do século XVIII e século XIX, que, segundo Foucault, indica o nascimento da biopolítica, não é nada mais, segundo Agamben, que uma recondução de um vínculo que sempre existiu: o poder e a vida nua.

Questionando a sacralidade da vida³¹⁴, princípio tão disseminado nos tempos atuais, mas que nem sempre existiu, Agamben aborda o conceito de vida nua, que corresponde ao simples viver, desprovido de qualquer qualificação e, portanto, desprotegida. Para desenvolver esse conceito ele retoma a distinção grega entre *bíos*

³¹³AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.16.

³¹⁴Agamben, citando Walter Benjamin: "Valeria à pena indagar a origem do dogma da sacralidade da vida. Talvez, aliás, com toda verossimilhança, ele seja de data recente, última aberração da enriquecida tradição ocidental, pela qual se queria buscar o sagrado, que esta perdeu, no cosmológicamente impenetrável." (BENJAMIN, Walter. Zur Kritik der Gewalt. In: Gesammelte Schriften. Frankfurt am Main, 1974-1989. v.2, 1, apud AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.74).

e *zoé* e a figura arcaica romana do *homo sacer*. Os gregos não entendiam vida em um único sentido. Para eles, o simples fato de viver comum a todos os seres vivos correspondia a *zoé*. Já uma vida qualificada, uma forma de viver própria de um indivíduo ou grupo era a chamada *bíos*.³¹⁵ A vida nua é *zoé*, o simples viver, portanto.

A vida nua é, ainda, a vida do *homo sacer*. Este corresponde a uma figura do direito romano arcaico, que simboliza uma vida excluída tanto da proteção do direito humano quanto do direito divino. A vida do *homo sacer* está exposta a que qualquer indivíduo cause a sua morte sem que com isso cometa um homicídio ou sacrifício. É uma vida simplesmente matável, no entrecruzamento de uma matalidade e de uma insacralidade.³¹⁶ Ele pertence a Deus na forma da insacraficabilidade e é incluído na comunidade na forma da matalidade. A contradição do termo com o significado que adquire é evidente, uma vez que a sacralidade de uma pessoa autoriza a sua morte sem qualquer consequência, divina ou humana. Enquanto violar qualquer coisa sacra é vetado, o homem sacro é lícito matar.

A vida do *homo sacer* é essa vida constantemente sujeita a um poder absoluto de morte – o poder soberano. Em Agamben a idéia de poder soberano não pode ser restrita à idéia de poder soberano moderno. Soberano é o poder que detém a decisão da exceção (Carl Schmitt) – a suspensão da lei – ou seja, que contém a decisão de tornar uma vida em vida matável. *Homo sacer* e poder soberano são figuras simétricas, na medida em que "o soberano é aquele em relação ao qual todos os homens são potencialmente *homines sacri* e *homo sacer* é aquele em relação ao qual todos os homens agem como soberanos."³¹⁷

Como afirma Carl Schmitt, o poder soberano, ao ser aquele que detém a decisão de suspender a lei, está dentro e fora ao mesmo tempo do ordenamento

³¹⁵AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.9.

³¹⁶AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.79-81.

³¹⁷AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.92.

jurídico – trata-se do paradoxo da soberania. Decidir sobre a suspensão da lei é decidir sobre o estado de exceção. Curioso notar que embora a exceção seja uma espécie de exclusão, o que com ela se exclui não está de fora, mas mantém uma relação com a norma – uma relação de suspensão. Uma relação de exceção é uma relação de inclusão excludente. Na exceção, fato e norma se mesclam – não há apenas fato, pois há uma relação com a norma; não há simplesmente direito, pois este foi suspenso. Trata-se de mais um paradoxo do poder soberano apontado por Carl Schmitt.

A soberania "é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão."³¹⁸ A vida nua é, na verdade, o elemento político originário, o conteúdo primeiro do poder soberano, na medida em que "o soberano não decide entre lícito e ilícito, mas a implicação originária do ser vivente na esfera do direito"³¹⁹. A vida humana se politiza quando se submete a um poder absoluto de morte, que é o soberano. A vida elemento político originário, não é a simples *zoé*, nem a *bíos*, mas a vida nua do *homo sacer*, zona de indiferença entre o animal e o homem, a cultura e a natureza³²⁰. A apreensão desta vida nua pela política, ou melhor, pelo direito³²¹ ocorre, segundo Agamben, por uma exclusão inclusiva, como na exceção. Como afirma: "A vida, que está assim *ob-ligata*, implicada na esfera do direito pode sê-lo, em última instância, somente através da pressuposição da sua exclusão inclusiva, somente em uma *exceptio*."³²² E ainda:

³¹⁸AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.35.

³¹⁹AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.33.

³²⁰AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.115.

³²¹É importante destacar aqui que, como Agamben apreende a noção de soberania de Carl Schmitt, segundo o qual direito e política são inseparáveis, quando ele se refere à politização da vida também está trazendo a implicação da vida no direito – uma coisa está completamente vinculada à outra, como mais a frente será visto.

³²²AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.34.

A política se apresenta então como a estrutura, em sentido próprio fundamental, da metafísica ocidental, enquanto ocupa o limiar em que se realiza a articulação entre o ser vivo e o *logos*. A 'política' na vida nua é a tarefa metafísica por excelência, na qual se decide da humanidade do vivo homem [...] A dupla categorial fundamental da política ocidental não é aquela amigo-inimigo, mas vida nua-existência política, *zoé-bíos*, exclusão-inclusão. A política existe porque o homem é o vivo que, na linguagem, separa e opõe a si a própria vida nua e, ao mesmo tempo, se mantém em relação com ela numa exclusão inclusiva.³²³

A relação de exceção é uma relação de bando³²⁴, pela qual a lei permanece em potência privando-se de aplicar-se. O que foi banido não está de fora, mas é pela lei abandonado, exposto ao risco em que fato e direito, vida e direito se confundem. E ao mesmo tempo que é abandonado é capturado, pois, justamente onde a lei nada diz, ela exerce seus efeitos mais perversos, como percebeu Franz Kafka. No estado de exceção em que isso ocorre é impossível distinguir execução ou transgressão da lei, pois nele ambos coincidem sem resíduos. Como afirma Agamben: "A potência insuperável do *nómos*, a sua originária 'força de lei', é que ele mantém a vida em seu *bando* abandonando-a."³²⁵ O bando mantém unidos o poder soberano e a vida nua. Segundo Agamben, deve-se romper completamente com a idéia de uma convenção ou contrato como a passagem da natureza ao Estado. É relação de bando a estrutura do poder soberano; o *bando* é o liame estatal, que mantém a natureza na estatalidade sob a forma da exceção. Em termos gerais:

O bando é propriamente a força, simultaneamente atrativa e repulsiva, que liga os dois pólos da exceção soberana: a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano [...] *Mais íntimo que toda interioridade e mais externo que toda estraneidade é, na cidade, o banimento da vida sacra*. Ela é o *nómos* soberano que condiciona todas as outras normas, a especialização originária que torna possível e governa toda localização e toda territorialização. E, se, na

³²³AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.16.

³²⁴"do antigo termo germânico que designa tanto a exclusão da comunidade quanto o comando e a insígnia do soberano" (AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.36).

³²⁵AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.36.

modernidade, a vida se coloca sempre mais claramente no centro da política estatal (que se tornou, nos termos de Foucault, biopolítica), se, no nosso tempo, em um sentido particular mas realíssimo, todos os cidadãos apresentam-se virtualmente como *homines sacri*, isto somente é possível porque a relação de *bando* constituía desde a origem a estrutura do poder soberano.³²⁶

Na política moderna o ingresso na política faz o homem abdicar da *zoé*, pois se ingressa na comunidade como cidadão e este dotado de direitos e, portanto, como um sujeito de direito, é um ente transcendente, metafísico. O homem incluiu-se na comunidade política excluindo sua vida nua, abandonando-a.

a) A política moderna: a afirmação dos direitos dos homens como inscrição da vida nua na ordem jurídica-política

A política moderna corresponde a uma nítida simbiose entre política e vida nua. A cada conquista, a cada espaço de direito e de liberdade conquistados pelos indivíduos, estes simultaneamente inscrevem cada vez mais suas vidas na ordem estatal, oferecendo mais poder ao poder soberano do qual queria se libertar. Como afirma Foucault:

O direito à vida, ao corpo, à saúde, à felicidade, à satisfação das necessidades, o direito, acima de todas as opressões e alienações, de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser, esse direito tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política de todos esses novos procedimentos de poder que, por sua vez, também não fazem parte do direito tradicional da soberania.³²⁷

Alguns acontecimentos na modernidade, segundo Agamben, foram marcantes para inscrição da vida nua no poder (a politização da vida nua), pois representam a intrusão de princípios biológico-científicos na ordem política. Agamben expõe que o primeiro grande registro da vida nua como objeto de poder corresponde ao *Habeas Corpus*. Tem-se neste documento não só a afirmação do direito de liberdade, mas a visualização que a liberdade que se afirmava, a moderna, correspondia à liberdade do

³²⁶AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.117.

³²⁷FOUCAULT, *História*..., p.136.

corpo – novo sujeito da política e objeto de poder: "Se é verdade que a lei necessita, para a sua vigência, de um corpo, se é possível falar, neste sentido, do desejo da lei de ter um corpo, a democracia responde ao seu desejo obrigando a lei a tomar sob seus cuidados este corpo."³²⁸

Ainda, esse autor concebe nas declarações dos direitos a figura original da inscrição da vida natural do homem, antes, no antigo regime, politicamente indiferente, uma vez que pertencia a Deus, na ordem jurídico-política do Estado-nação tornando-se o fundamento terreno da sua legitimidade e soberania.³²⁹

Para ele as declarações dos direitos devem ser vistas como a passagem da soberania divina para a soberania nacional. Ao analisar o texto da declaração de 1789, evidencia que o mero nascimento (a vida nua) já inscreve o homem na comunidade política. Todavia, logo que inserida, dissipa-se na figura do cidadão. O nascimento que antes dava origem apenas ao súdito, passa a constituir o fenômeno que integra o homem e sua vida no corpo político, integrando-o ao sujeito soberano. O nascimento integra-o à nação, e não mais apenas homem, mas cidadão o indivíduo passa a ser. Nas palavras de Agambem:

[...] o nascimento torna-se imediatamente nação, de modo que entre os dois termos não possa haver resíduo algum. Os direitos são atribuídos ao homem (ou brotam dele), somente na medida em que ele é o fundamento, imediatamente dissipante (e que, aliás, não deve nunca vir à luz como tal), do cidadão.³³⁰

A inscrição da vida do homem na seara política por meio do reconhecimento de que pelo nascimento este homem se torna já um cidadão, acabou misturando as

³²⁸AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.130.

³²⁹"[...] é chegado o momento de cessar de ver as declarações de direitos como proclamações gratuitas de valores eternos metajurídicos, que tendem (na verdade sem muito sucesso) a vincular o legislador ao respeito pelos princípios éticos eternos, para então considerá-las de acordo com aquela que é a sua função histórica real na formação do moderno Estado-nação" (AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.134).

³³⁰AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.135.

figuras homem e cidadão, e a segurança e garantia dos direitos viu-se vinculada à figura do cidadão.

Para Agambem, "uma das características essenciais da biopolítica moderna (que chegará, no nosso século, século XX, à exasperação) é a sua necessidade de redefinir continuamente, na vida, o limiar que articula e separa aquilo que está dentro daquilo que está fora"³³¹. O cidadão é aquilo que está dentro. O que, então, restará fora?

O pós-Primeira Guerra Mundial e o sistema geopolítico europeu mostraram na figura dos refugiados e apátridas o paradoxo dos direitos humanos, pois demonstraram que "No sistema do Estado-nação, os ditos direitos sagrados e inalienáveis do homem mostram-se desprovidos de qualquer tutela e de qualquer realidade no mesmo instante em que não seja possível configurá-los como direitos dos cidadãos de um Estado."³³²

Como expõe Hanna Arendt, significativos grupos humanos migratórios que deixavam seus Estados e se tornavam apátridas, nos anos que seguiram a primeira grande guerra, permaneceram sem lar e foram despossuídos de todos os seus direitos, até então tidos e definidos como inalienáveis. A perda de um governo que os representasse e os protegesse significou a perda dos seus direitos humanos. Assim, estes apátridas encontravam-se numa situação de absoluta ausência de lei.³³³

Esta situação tornou-se uma poderosa arma nas mãos dos governos totalitários, que através de medidas de desnacionalização, enfraqueciam cada vez mais qualquer discurso de defesa dos direitos humanos. Nas palavras de Hannah Arendt: " A expressão 'direitos humanos' tornou-se para todos os interessados – vítimas, opressores e espectadores – uma prova de idealismo fútil ou de tonta e leviana

³³¹AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.137-138.

³³²AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.133.

³³³ARENDT, Hanna. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

hipocrisia."³³⁴ E ainda: "Somos quase tentados a medir o grau de infecção totalitária de um governo pelo grau em que usa o seu soberano direito de desnacionalização".³³⁵

A definição da cidadania tornou-se um problema político e foi a tentativa de resolvê-lo que propiciou a formação de movimentos biopolíticos por natureza que fizeram a vida natural o local por excelência da decisão soberana: o fascismo e o nazismo³³⁶, como afirma Agamben.³³⁷

Algumas leis como as de Nuremberg, sobre a cidadania do Reich chegaram a dividir a cidadania em graus: cidadão a título pleno e cidadão de segundo escalão – aqueles que, obviamente, por serem inferiores, deveriam gozar de menos direitos. A partir exatamente desta lógica que os judeus eram encaminhados aos campos de extermínio: reduzia-se gradativamente a sua cidadania até que se tornassem vidas nuas (*homo sacer*), totalmente passíveis de serem exterminadas. Criava-se uma

³³⁴ARENDT, **As origens...**, p.302.

³³⁵ARENDT, **As origens...**, p.312.

³³⁶Foucault deixa muito clara a natureza biopolítica desses movimentos em seu livro "Em defesa da sociedade". A princípio parece absurdo vincular movimentos que disseminaram uma lógica de matança a um poder que supervaloriza a vida, como é a biopolítica. A justificativa deste vínculo está justamente na essência destes dois movimentos: o racismo. O racismo se insere na lógica do Estado para permitir que dentro de um sistema que se assegura e se valoriza a vida se possa matar. Este racismo legitima o poder de morte do Estado. Como afirma Foucault, o racismo exerce um corte entre o que deve viver e o que deve morrer. Subdivide-se a espécie em raças – fragmenta-se o contínuo biológico. O matar torna-se, pelo viés do racismo, compatível com o poder: nasce uma relação biológica e guerreira entre a vida e a morte. O inimigo não é mais no sentido político, mas no sentido biológico, de raça inferior, que simboliza um perigo à raça superior. Por tirar a vida, Foucault é bem claro que não entende ser apenas o assassino direto, mas formas indiretas como a rejeição, a exclusão, a exposição à morte. Com o racismo ocorre novamente a justaposição do direito soberano do Estado de fazer morrer e deixar viver, com o direito de fazer viver e deixar morrer da biopolítica. O nazismo e o fascismo são exemplos nítidos desta justaposição (FOUCAULT, **Em defesa...**, p.303-314).

³³⁷AGAMBEN, **Homo sacer...**, p.135.

situação de privação total de direitos, para enfim reduzi-los a vida nua³³⁸, pois, uma vez que o homem portador daquela vida deixou de ser um sujeito de direitos, a sua vida deixou de ser um direito, um bem jurídico, tornando-se, então, em vida matável, cujo extermínio não acarreta consequências jurídicas. Como afirma Agamben: "[...] os Estados-nação operam um maciço reinvestimento da vida natural, discriminando em seu interior uma vida por assim dizer autêntica e uma vida nua privada de todo valor político [...]"³³⁹

Agamben afirma que a continuidade entre nascimento e nação é rompida com a figura dos refugiados. Estes passam a ser, como afirma Hannah Arendt, o homem dos direitos sem a máscara do cidadão, o que significava, na prática, ausência de direitos, na medida em que a perda dos direitos nacionais representava a perda dos direitos humanos. Segundo a autora:

Nenhum paradoxo da política contemporânea é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre os esforços de idealistas bem-intencionados, que persistem teimosamente em considerar "inalienáveis" os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados, e a situação de seres humanos sem direito algum.³⁴⁰

Para Hanna Arendt, num mundo como o do século XX, organizado politicamente, a perda do status civil significa ser expulso da humanidade, pois de nada

³³⁸O que se passava nos campos era um verdadeiro processo de despersonalização. Os inimigos do povo alemão, no caso, os judeus, não eram considerados seres humanos – eles eram excluídos da humanidade. Uma série de práticas de despersonalização era executada para que os guardas esquecessem da humanidade dos prisioneiros: despir as vítimas antes que fossem mortas (os animais não usam vestes e nem os seres humanos permanecem nus em grupo); a obrigação de fazê-los viver em meio a seus excrementos e em regime de subnutrição, para estarem sempre famintos prontos a devorar qualquer coisa; privação do nome, substituído por um número; até o fato das mortes ocorrerem em massa era sinal de que não eram vistos como indivíduos, mas como elementos: "uma morte é uma dor, um milhão de mortos uma informação" (TODOROV, Tzvetan. **Em face do extremo**. Trad. Egnon de Oliveira Rangel, Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1995. p.200).

³³⁹AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.139.

³⁴⁰ARENDT, **As origens**..., p.314.

valem os direitos humanos quando se está fora da trindade Estado-Povo-Território³⁴¹. Estar fora da comunidade política é estar fora da humanidade.

Os indivíduos sem Estado, os apátridas, tornaram-se "fora da lei" e uma vez ausente a lei, deles eram destituídos todos os direitos. Sem seus direitos reconhecidos viviam em constante transgressão à lei (como afirma Agamben, a lei é mais severa onde nada diz). Como expõe Hannah Arendt, melhor do que uma anomalia não prevista pela lei, preferia-se enquadrar numa anomalia por ela prevista, ou seja, o criminoso.

A autora demonstra que, a situação dos apátridas em relação à proteção de seus direitos era tão precária que o fato de cometer um crime tornava sua posição legal melhor – o crime passa a ser um instrumento de recuperação de uma certa igualdade humana: "Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. Enquanto durem o julgamento e pronunciamento da sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia, contra a qual não existem advogados e apelações."³⁴²

Toda esta triste realidade mostrou que o fundamento dos direitos humanos, ou seja, a própria natureza humana, afirmados pela filosofia jusnaturalista a partir da qual se basearam as declarações dos direitos, perdeu-se ao longo dos acontecimentos históricos, principalmente da primeira metade do século XX. Os refugiados e apátridas foram prova viva de que o mero fato de ser homem – "a nudez abstrata de serem unicamente humanos"³⁴³ – não é garantia de direitos, na medida em que tornaram-se vidas totalmente supérfluas. A vida nua desprovida da vestimenta de cidadania e banida da nação tornou-se, de direito inalienável à objeto matável. Como afirma Agamben,

³⁴¹LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.147.

³⁴²ARENDT, **As origens...**, p.320.

³⁴³ARENDT, **As origens...**, p.333.

a separação entre político e humanitário hoje "é a fase extrema do descolamento entre os direitos dos homens e os direitos do cidadão."³⁴⁴

b) A lógica da exclusão do biopoder: a vida indigna de ser vivida

No nazismo o nexo nascimento-nação fundado na declaração de 1789 perdeu sua lógica para um maciço reinvestimento na vida natural em que o Estado-nação discrimina em seu interior uma vida autêntica e uma vida nua privada de valor político³⁴⁵.

É interessante assinalar que o nazismo, como movimento biopolítico, irá integrar a medicina e a política. Dentro desta lógica os indivíduos são valorados como patrimônio vivente. O rendimento econômico é relacionado de maneira imediata com a saúde do povo, o que propiciará e justificará a realização de práticas eugênicas, de modo a evitar qualquer prejuízo ao desenvolvimento biológico da nação (daí o extermínio de judeus e de doentes mentais e incuráveis).

Em 1920 foi publicada uma *Planquette*, intitulada "*Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens*" (A autorização do aniquilamento da vida indigna de ser vivida). Este texto, escrito por Karl Binding e Alfred Hoche, que apresenta um posicionamento favorável à eutanásia, segundo Agamben, corresponde a uma primeira articulação jurídica da estrutura biopolítica moderna.³⁴⁶

Binding trabalha com o conceito de "vida indigna de ser vivida", que servirá como fundamento para limitar-se a imputabilidade do aniquilamento da vida. Para ele, existem vidas que perderam absolutamente a qualidade de bem jurídico, sendo que sua continuidade já não tem mais valor tanto para o próprio portador quanto para a sociedade. Para ele, sem valor seriam as vidas daqueles incuravelmente perdidos, em razão de uma doença ou ferimento, os idiotas incuráveis, os doentes de paralisia progressiva. Binding não vê razão alguma (jurídica, social ou religiosa) para não autorizar

³⁴⁴AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.140.

³⁴⁵AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.139.

³⁴⁶AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.144.

a morte destes homens, que são "a espantosa imagem ao avesso da autêntica humanidade"³⁴⁷. Quanto à decisão sobre a autorização do aniquilamento, Binding defende que deve ser tomada pelo próprio doente (se possível), ou por um médico ou parente próximo, cabendo a decisão final a uma comissão estatal composta de um médico, um psiquiatra e um jurista.

Binding concebe o homem como soberano de sua própria vida e esta idéia, como afirma Agamben, corresponde de forma direta a uma fixação de um limiar além do qual a vida cessa de ter valor jurídico (cessa de ser politicamente relevante), podendo ser morta sem que se cometa homicídio. Tem-se, então, uma nova categoria jurídica – "a vida indigna de ser vivida"³⁴⁸, a qual corresponde à vida nua do *homo sacer*, vida nua que habita o corpo biológico de cada ser vivente e que pode ser morta sem que se cometa homicídio.

Com base nesta idéia de Binding foi elaborado por Hitler, logo após a tomada do poder, um programa de eutanásia que autorizava a eliminação da vida indigna de ser vivida: era o *Euthanasie-Programm für Unheilbaren Kranken*. O programa foi instalado em 1940, mas por sua impopularidade, não teve grande atuação e após 15 meses foi finalizado. O programa estava voltado a eliminar doentes mentais incuráveis entre 06 e 93 anos de idade. Calcula-se que cerca de sessenta mil pessoas foram eliminadas.³⁴⁹

É importante ressaltar que a idéia de eutanásia, embora ligada à morte, carrega uma forte carga moral e humanitária em seu conceito e conteúdo, portanto, jamais tal programa pode ser considerado com natureza de eutanásia, como esta é entendida hoje. No entanto, Hitler atribuía ao programa um caráter eminentemente humanitário.

³⁴⁷BINDING, K.; HOCHÉ, A. Die Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens. Leipzig, 1920. p.31-32, apud AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.145.

³⁴⁸AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.146.

³⁴⁹As pessoas eram submetidas a uma consulta sumária e eram mortas em vinte e quatro horas. Era ministrada um dose de 2 (dois) cm de Mophium-Escopolamina e depois eram introduzidos em uma câmara de gás (AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.148).

Agamben observa que as razões que motivaram a prática do programa não foram apenas eugênicas, uma vez que a eutanásia não seria sob este ponto de vista necessária, pois as leis de prevenção de doenças hereditárias e de proteção da saúde do povo alemão já eram tutelas suficientes. Além disso, as pessoas que eram submetidas ao programa não tinham condições de reproduzir-se. Ainda, sob o ponto de vista econômico o programa não era vantajoso, pelo contrário, despendia enormes gastos. Então, por que a realização deste programa?

O autor conclui que o programa expressava o poder soberano de decidir sobre a vida nua, sob uma nova vocação biopolítica. Prossegue afirmando que "a vida indigna de ser vivida" não é um conceito ético, ligado aos desejos do indivíduo, mas sim político, no qual está em questão a vida matável do *homo sacer*, sobre o qual se baseia o poder soberano"³⁵⁰. Com a eutanásia, isola-se do homem a vida nua, a vida matável:

[...] na perspectiva da biopolítica moderna, ela se coloca sobretudo na intersecção entre a decisão soberana sobre a vida matável e a tarefa assumida de zelar pelo corpo biológico da nação, e assinala o ponto em que a biopolítica converte-se necessariamente em tanatopolítica.³⁵¹

O soberano, na perspectiva biopolítica moderna, é aquele que decide o valor e o desvalor da vida, vida esta que se tornou local de decisão soberana. Segundo Agamben, o campo de concentração, local onde a vida se tornava nua e matável está se tornando a regra do espaço político na modernidade. Como expõe o autor, o fundamento jurídico do internamento nos campos, a *Shutzhaft* (custódia protetiva) era a delaração de um estado de exceção ou de sítio, que permitia a suspensão de direitos e liberdades pessoais asseguradas na Constituição, previsto na própria Constituição, no artigo 48. No estado de exceção, portanto, a lei é suspensa. A novidade agora, segundo Agamben, é que a exceção, a possibilidade de suspensão da lei, tem-se

³⁵⁰AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.149.

³⁵¹AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.149.

tornado a regra e o campo, espaço que se abre quando o estado de exceção começa a tornar-se a regra, tornou-se o *nómos* do espaço político atual.³⁵²

O campo é um espaço de território fora do ordenamento jurídico, mas a ele não externo. Ele é captura pela exclusão. Nele a norma confunde-se com a exceção. Nas palavras de Agamben: "O campo é [...] a estrutura em que o estado de exceção [...] é realizado normalmente."³⁵³

Ao entrar no campo os hebreus eram completamente destituídos de seus direitos, deixavam de ser cidadãos e tornavam-se meras vidas nuas passíveis de serem mortas a qualquer tempo, de qualquer modo, sem que contra ela se cometesse homicídio – tornavam-se *homo sacer*. Sem ser cidadão, não detinham mais direitos e dentre eles perdiam o direito de vida – o paradoxo é que ao tornarem-se mera vida, pura zoé, tornavam-se ao mesmo tempo objetos de morte, passíveis de perdê-la a qualquer momento. O campo é o espaço biopolítico por excelência, pois nele o poder tem diante de si a vida nua sem qualquer mediação. Nele tudo é possível, uma vez que a redução dos seres à vida nua torna fato e direito indistinguíveis. Nas palavras do autor:

Quem entrava no campo movia-se em uma zona de indistinção entre externo e interno, exceção e regra, lícito e ilícito, na qual os próprios conceitos de direito subjetivo e de proteção jurídica não faziam mais sentido; além disso, se era um hebreu, ele já tinha sido privado, pelas leis de Nuremberg, dos seus direitos de cidadão e, posteriormente, no momento da 'solução final', completamente desnacionalizado [...] A questão correta sobre os horrores cometidos nos campos não é, portanto, aquela que pergunta hipocritamente como foi possível cometer delitos tão atroz para com seres humanos; mais honesto e sobretudo mais útil seria indagar atentamente quais procedimentos jurídicos e quais dispositivos políticos permitiram que seres humanos fossem tão integralmente privados de seus direitos e de suas prerrogativas, até o ponto em que cometer contra eles qualquer ato não mais se apresentasse como delito [...]³⁵⁴

³⁵²AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.174-175.

³⁵³AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.177.

³⁵⁴AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.177-178.

Para Agamben, toda vez que alguém se encontra em uma situação semelhante, de suspensão de lei, onde vida e norma, fato e direito se indistinguem, encontra-se num espaço de campo. Seja nas *zones d'attente* dos aeroportos, espaços (de exceção) onde não se é francês, inglês, americano ou brasileiro, mas se é pura e simplesmente vida nua; seja nas periferias das cidades, que representam grandes aglomerações de vidas nuas, vidas dispensáveis, excluídas, ou melhor, incluídas pela exclusão; seja em Guantanamo, uma terra de ninguém, onde tudo é possível – "uma localização sem ordenamento"³⁵⁵ – e os casos de tortura realizados por soldados americanos em supostos membros de organizações terroristas, divulgados pela imprensa mundial, demonstraram a nudez da vida e dos corpos humanos. A prática de tais atos justifica-se exatamente pelo paradoxo do estado de exceção que hoje se tornou regra – num estado de direito, como se auto-intitulam os Estados Unidos, a tortura teoricamente não permitida grita nos corredores das prisões americanas distantes de seu território democrático. As manobras jurídicas que permitem e justificam tais atos chegam ao absurdo de tentar redefinir a tortura – esta corresponderia "ao equivalente em intensidade à dor que acompanha danos físicos graves, como falência de órgãos ou de funções corporais ou até a morte"³⁵⁶. A guerra contra o terrorismo é uma guerra tipicamente biopolítica. A ameaça terrorista à vida a torna ainda mais nua. Despe-se a vida tanto dos terroristas, que de vidas sacrificáveis (homens-bomba), tornam-se vidas matáveis em nome da proteção da parte "boa" da humanidade, quanto dos cidadãos americanos, que vêem seus direitos civis suspensos com a instituição da normalidade da exceção (*Patriotic Act*).

O mundo todo é um campo, tendo em vista que hoje flutuam milhões de indivíduos cuja existência contestam a idéia de cidadania – a questão da migração, traz a vida nua cada vez mais à tona. A relação problemática e complexa entre Estado-

³⁵⁵AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.182.

³⁵⁶Conteúdo referente a um parecer elaborado por Alberto R. Gonzáles, consultor jurídico do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, in *Revista Veja*, 23 jul. 2004, p.88.

nação e espaço global é refletida na turbulência de imigrantes que se deslocam cada vez mais pelo planeta sem fronteiras. Não obstante, muito embora as fronteiras hoje estejam desbotadas, as barreiras xenófobas estão cada vez mais fortes – a globalização econômica depende da divisão mundial do trabalho, um paradoxo que veste as vidas nuas dos imigrantes. Como bem expõe Alessandro Dal Lago "A política sem lugar desafia a imigração do pensamento político. De um lado o político se desterritorializa e se retorriorializa sem parada [...] escapa à determinação clássica, estatal, nacional na qual a tradição europeu-ocidental havia o confinado [...]."³⁵⁷

O homem sem Estado é uma anomalia criada pela política ocidental, na medida em que os direitos humanos se afirmaram desmanchando a linha nascimento-nação, e ser cidadão e não humano tornou-se a condição de se ter direitos.

Agamben constata que o corpo biopolítico do ocidente, que instaurou sua política com base no corte grego *bíos* e *zoé*, entre vida privada e existência pública, entre homem como simples vivente ou como sujeito político, já não mais se funda nesta distinção, na medida em que em seu espaço, vida e norma, direito e fato tornaram-se indistinguíveis – a vida tornou-se vida sacra. Como conclui o autor, "[...] não somos apenas, nas palavras de Foucault, animais em cuja política está em questão suas vidas de seres viventes, mas também, inversamente, cidadãos em cujo corpo natural está em questão a sua própria política."³⁵⁸ E ainda:

[...] se a política clássica nasce através da separação destas duas esferas, a vida matável e insacrificável é o fecho que lhes articula e o limiar no qual elas se comunicam indeterminando-se. Nem *bíos* político nem *zoé* natural, a vida sacra é a zona de indistinção na qual, implicando-se e excluindo-se um ao outro, estes se constituem mutuamente.³⁵⁹

³⁵⁷"Da una parte il politico si de-territorializza e si ri-territorializza senza sosta [...] sfugge alle determinazioni classiche, statali, nazionali in cui la tradizione europeo-occidentale l'aveva confinato [...]" (LAGO, Alessandro dal. Senza Luogo. In: _____. **Biopolitica minore**. A cura di Paolo Petriarca. Roma: Manifestolibri, 2003. p.22).

³⁵⁸AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.193.

³⁵⁹AGAMBEN, **Homo sacer**..., p.98.

Percebe-se na obra de Agamben, que a contradição inerente do *homo sacer*, em que a sacralidade de seu ser permite a matabilidade impune de sua vida, traduziu-se na sacralidade da vida desenvolvida pela modernidade. Quanto mais sagrada tornou-se a vida, quanto mais nela se investiu, quanto mais o direito, o Estado, o governo dela tomou conta, mais ela pôde ser eliminada pelos mesmos fundamentos que a tornaram sagrada. A proteção de umas vidas acabou implicando a eliminação de outras, e esta lógica não parece ter desaparecido com o fim do nazismo, depois da Segunda Guerra Mundial. A biopolítica continua sendo a lógica em que os fenômenos à nossa volta estão acontecendo.

O que temos hoje diante dos olhos é, de fato, uma vida exposta como tal a uma violência sem precedentes, mas precisamente nas formas mais profanas [...] A sacralidade é uma linha de fuga ainda presente na política contemporânea, que, como tal, desloca-se em direção a zonas cada vez mais vastas e obscuras, até coincidir com a própria vida biológica dos cidadãos. Se hoje não existe mais uma figura predeterminável do homem sacro, é, talvez, porque somos todos virtualmente *homines sacri*.³⁶⁰

2.2 BIOPOLÍTICA COMO RESISTÊNCIA: A POTÊNCIA DA VIDA CONTRA O PODER SOBRE A VIDA

Como já se afirmou anteriormente, biopolítica se tornou um termo e uma ferramenta corrente para se pensar o mundo contemporâneo. Muitos autores o tomam a partir de Foucault e de sua linha de pensamento, mas a ela atribuem novos significados. Uma nova abordagem que o termo biopolítica vem adquirindo é a partir de uma perspectiva de resistência. Por este viés, biopoder concentra em si a dose negativa de captura da vida pelo poder sujeitando o sujeito e a biopolítica adquire um significado de resistência a este poder, uma resistência que parte do próprio objeto a ser controlado e manipulado pelo biopoder: a vida. Esta perspectiva positiva da biopolítica como resistência e afirmação criativa da potência de vida, que resiste

³⁶⁰AGAMBEN, *Homo sacer*..., p.121.

ao biopoder e é capaz de criar novas subjetividades pela dessujeição chama-se *biopolítica menor*.

Por mais que o significado prevalente em Foucault sobre biopolítica esteja centrado na idéia de sujeição e objetivação do sujeito, esta idéia de resistência a partir da própria vida já está nele presente. Como já afirma em "A vontade de saber": "E contra esse poder ainda novo no século XIX, as forças que resistem se apoiaram, exatamente naquilo sobre que ele investe – isto é, na vida e no homem enquanto ser vivo."³⁶¹

A biopolítica menor busca libertar a política da economia, da qual ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX tornou-se refém e fazer com que as decisões da *pólis* determinem a economia e não o contrário. Ela corresponde à passagem da política para a ética; o espaço de emergência de um contra-poder que produz subjetividade afirmando o desasujeitamento e traduz a positividade da resistência. "É potência de vida e de subjetividade, é recuperação da produção de valor e de sentido, é produção de um vocabulário conceitual e de experiências políticas novas, é dimensão constituinte."³⁶²

A biopolítica busca afirmar a vida de todos contra a desumanização da existência imposta pelo biopoder.³⁶³ Ela pretende libertar os padrões de vida impostos e legitimados pela gestão do biopoder (que cria formas de vida e subjetividade que são por todos consumidas) e fazer emergir o diferente, o heterogêneo, o múltiplo, libertando as questões vitais da existência humana das garras do poder. Liberar a criatividade, o potencial afetivo, lingüístico e comunicativo da existência humana contra a desumanização causada pelo "cuidado" com a vida do biopoder, que tornou o homem uma empresa, um capital humano. Fazer emergir o que estava no subterrâneo,

³⁶¹FOUCAULT, **História...**, p.136.

³⁶²"È potenza di vita e delle soggettività, è recupero della produzione del valore e del senso, è produzione di un vocabolario concettuale e di esperienze politiche nuove, è dimensione costituente." (REVEL, Judith. Per una biopolitica della moltitudine. In: LAGO, Alessandro dal. **Biopolitica minore**. A cura di Paolo Petriarca. Roma: Manifestolibri, 2003. p.65).

³⁶³LAGO, op. cit., p.11.

suprimido e sufocado pelo alto do biopoder. Fugir da lógica do *business* e do mercado do *homo oeconomicus*³⁶⁴ e fazer nascer novas subjetividades, com novos desejos e novas crenças.

Para isso, busca-se aumentar o espaço onde se torna mais viável a comunicação entre as pessoas, o contato e a conversa, coisas que na sociedade de massa, consumo, informação e tecnologia estão se tornando cada vez mais raras. A conversa, na biopolítica, é tida como um meio de conscientização contra as regras do biopoder e do mercado, pois ela evidencia o processo pelo qual o poder invade a vida. A biopolítica menor, procura, então,

[...] fazer crescer de baixo, no meio das práticas e dos diversos âmbitos cuja vida vem tomada em conta e/ou protegida e/ou difusa, a exigência de uma dimensão conversacional acordada com forma de vida que persiste à presença de cada poder comunicativo e de cada imperativo funcional a qualquer aparato de poder.³⁶⁵

Trata-se de aprender a viver diferente e para isso a educação é fundamental. Ao mesmo tempo em que a educação funciona como mecanismo do biopoder, produzindo um capital humano eficiente e burocratizado para funcionar nas engrenagens frias do sistema capitalista sem questionamento (cegueira de forma de vidas subordinadas ao imperativo funcional), ela pode funcionar para libertar, despertando a crítica diante da funcionalização da vida promovida pelo biopoder. Dessa forma, biopolítica também é uma questão de educação, que requer, por sua vez, uma pedagogia aberta aos ensinamentos que provêm da multidão de subjetividades singulares.

³⁶⁴*Homo oeconomicus* é o termo utilizado por Foucault para se referir ao homem que na lógica do neoliberalismo americano torna-se capital humano. O homem, ou melhor, o trabalhador está tão associado ao seu trabalho, à sua atividade econômica que ele mesmo tornava-se uma espécie de empresa. Como afirma Márcio Alves da Fonseca “[...] é o homem constituído como capital para si mesmo, como seu próprio recurso.” (FONSECA, M. A. da, op. cit., p.229).

³⁶⁵GHIDINI, Alberto. *Conversazione e trasversalità per una comunicazione minore*: entrevista di Alberto Ghidini a Paolo Petriarca. In: LAGO, Alessandro dal. **Biopolítica minore**. A cura di Paolo Petriarca. Roma: Manifestolibri, 2003. p.261.

Segundo Agamben, trata-se de aprender a comportar-se sem se sujeitar. Como fazer isso, na medida em que toda forma de subjetividade implica uma espécie de assujeitamento? A tentativa de escapar desta contradição é encontrar um espaço, uma zona entre este processo de subjetivação e o seu contrário, de dessubjetivação, entre identidade e não identidade – a *"no man's land"*.³⁶⁶ Os novos sujeitos que surgem neste espaço é o *Bloom*, "sujeitos anônimos, singularidades qualquer, esvaziadas, prontas para tudo e que podem se difundir onde quer que seja [...] sem identidade, mas reidentificáveis a qualquer momento."³⁶⁷ Mais uma vez, nas palavras do autor:

[...] uma vida é feita sempre de duas faces, ao mesmo tempo, pessoal e impessoal. Estas estão sempre em relação, mesmo se estão nitidamente separadas. Creio que se poderia chamar impessoal a ordem da potência impessoal, com a qual qualquer vida está em relação. E poderemos chamar desubjetivação esta experiência que fazemos todos os dias de costear uma potência impessoal, uma coisa que ultrapassa e faz viver ao mesmo tempo. Parece-me que a questão da arte de viver seja: como ser em relação com esta potência impessoal? Como o sujeito saberá ser em relação com a potência, que não lhe pertence, que o ultrapassa? [...] A desubjetivação não tem apenas um aspecto triste, obscuro. Não é simplesmente a destruição de qualquer subjetividade. Tem também este outro lado, mais fecundo e poético, onde o sujeito não é mais que sujeito da sua própria dessubjetivação.³⁶⁸

³⁶⁶AGAMBEN, Giorgio. Una biopolitica minore: intervista di Stany Grelet e Mathieu Potte-Bonneville. In: LAGO, Alessandro dal. **Biopolitica minore**. A cura di Paolo Petriarca. Roma: Manifestolibri, 2003. p.194.

³⁶⁷AGAMBEN, **Una biopolitica...**, p.198.

³⁶⁸"[...] una vita è fatta sempre di due fasi, al tempo stesso, personale e impersonale. Esse sono sempre in rapporto, anche se sono nettamente separate. Credo si potrebbe chiamare l'impersonale l'ordine della potenza impersonale, con la quale qualunque vita è in rapporto. E potremmo chiamare desoggettivazione questa esperienza che facciamo tutti i giorni di costeggiare una potenza impersonale, qualcosa che ci oltrepassa e ci fa vivere al tempo stesso. Ecco, mi sembra che la questione dell'arte di vivere, sia: come essere in rapporto con questa potenza impersonale? Come il soggetto saprà essere in rapporto con la sua potenza, che non gli appartiene, che lo oltrepassa? [...] La desoggettivazione non ha soltanto un aspetto cupo, oscuro. Non è semplicemente la distruzione di qualsiasi soggettività. C'è quest'altro polo, più fecondo e poetico, dove il soggetto non è che il soggetto della sua propria desoggettivazione." (AGAMBEN, **Una biopolitica...**, p.203-204).

Essa face impessoal da vida é a que, afirma Agamben, inspirado em Gilles Deleuze, contém a potência da resistência – a vida que se basta e prescinde do homem, demasiado humano para resistir. É vida em sua pura imanência.

A biopolítica menor é, portanto, o desvio da normalização imposta pelo biopoder. É afirmação da diferença, da multiplicidade, da singularidade dos estilos e maneiras de viver. É a potência criativa e criadora de vida da multidão que viabiliza a construção de territórios alternativos ao capital; é o símbolo de resistência ao biopoder, pois exatamente onde o poder invade e captura está a possibilidade de fuga, ou seja, na própria vida.

Embora a biopolítica menor seja hoje a aposta teórica para possibilidades de dessubjetivação e desassujeitamento provindos da própria potência de vida, a sua contrapartida, ou seja, a força que o biopoder impõe às vidas de todos, é cada vez mais intenso e incisivo e, como expõe Paula Sibília, "[...] o capitalismo do século XXI ostenta uma capacidade inaudita de engolir as forças vitais e reciclar as resistências à toda velocidade [...]"³⁶⁹. Como afirmaram Michel Hardt e Antonio Negri³⁷⁰ e, ainda, Deleuze, vive-se hoje numa sociedade de controle³⁷¹, na qual subjetividades,

³⁶⁹SIBÍLIA, Paula. **O homem pós orgânico**: corpo, subjetividade e tecnologias digitais. 2.ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p.170.

³⁷⁰HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império**. Trad. Berilo Vargas. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

³⁷¹"Controle é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo." A sociedade de controle é aquela em que a lógica da empresa se dissemina. Derrubaram-se as paredes das instituições (crise das disciplinas e dos meios de confinamento) e o poder e o controle se espalharam por todos os lugares e se exercem ao ar livre: "Os confinamentos são moldes, distintas moldagens, mas os controles são modulação, como uma moldagem auto-deformante que mudasse continuamente". A fábrica é substituída pela empresa, a motivação ocorre pelo estímulo por merecer o melhor salário – "salário por mérito". A escola é substituída pela formação permanente. Na sociedade de controle nada começa ou termina, tudo está acontecendo num eterno gerúndio. A assinatura e o número de matrícula são substituídos por senhas: "A linguagem numérica do controle é feita de cifras, que marcam o acesso à informação, ou a rejeição. Não se está mais diante do par massa-indivíduo. Os indivíduos tornam-se 'dividuais, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou 'bancos.'" O dinheiro e a moeda são substituídas por transações e trocas flutuantes. As máquinas da sociedade de controle são as máquinas da informática, os computadores. O capitalismo da sociedade de controle está mais voltado

desejos, aspirações, e cada vez mais, com o desenvolvimento da tecnologia associada à ciência (a tecnociência e a biotecnologia) a configuração genética da espécie humana, estão sendo moldados e determinados pelos padrões ditos "saudáveis". Almas e corpos estão sendo cada vez mais modelados pelo sistema mercadológico, reificante, segregador do capital – molda-se a vida antes mesmo de ela nascer.

Não há como, uma vez trazida a questão do biopoder, ignorar a sua exarcebação com as questões trazidas pela tecnociência e biotecnologia, e todos os saberes que elas envolvem, como a engenharia genética, biologia molecular, teleinformática, inteligência artificial, criogenia, a nanotecnologia (fabricação de dispositivos moleculares), robótica etc., uma vez que se percebe nas práticas aplicadas por estes saberes uma tendência bastante forte à normalização da sociedade, já antes mesmo do nascimento, à manipulação da vida, que passa a transcender o corpo e o organismo e passa a ser considerada um conjunto de informações predeterminando o futuro da espécie humana (ou melhor, o seu fim); à medicalização excessiva da vida e dos corpos, que, ao se negar sua organicidade, negam-se as emoções, as sensações, a mortalidade – trata-se de um controle excessivo do corpo do sujeito, que se habitua à lógica única e exclusiva do prazer e não mais convive com a idéia da dor, da doença e da morte.

Trata-se, pois, da definição do capital humano hereditário, como aponta Foucault em "Nascimento da biopolítica". Segundo o autor, um dos traços biopolíticos do neoliberalismo americano está presente em sua teoria do capital humano. Segundo os neoliberais, o homem é algo que pode ser investido para tornar-se um sujeito econômico cada vez mais ativo – trata-se pois de um capital humano. Para eles, este é composto por elementos inatos e outros que são adquiridos. Os elementos inatos são aqueles biologicamente determinados, hereditários, portanto. Foucault aponta que,

ao produto que à produção e o marketing é um dos principais mecanismos de controle social. Ainda, o controle é curto, rápido, mas ilimitado e contínuo. Na nova sociedade, de homem confinado tem-se como padrão o homem endividado (DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2006. p.219-226).

na época que escrevia (década de setenta), esses elementos ainda não estavam disponíveis para um estudo mais profundo, uma vez que a manipulação do material genético do homem ainda não era uma realidade tão presente. Todavia, com sua capacidade incrível de previsão, Foucault aponta o quanto esta questão estava se encaminhando – como de fato vem acontecendo – para um foco de reflexão importantíssimo. Quando afirma

é evidente que não devemos pagar para ter o corpo que temos, ou o código genético que nos é próprio. Tudo isto não custa nada. Certo, não custa nada, mas [...] seria necessário ver, e é fácil imaginar que qualquer coisa do gênero possa acontecer (estou só fazendo um pouco de fantasia, mas é uma problemática que hoje está se tornando atual),³⁷²

mal podia imaginar o quanto suas fantasias estão se tornando realidade hoje. Sua análise premonitória é quase precisa, se se analisa o que atualmente estes saberes acima citados são capazes de fazer. Em suas palavras:

A genética atual, de fato, mostra que um número sempre mais relevante de elementos, maior do que podemos imaginar até agora, é condicionado ao patrimônio genético que recebemos de nossos avós. Em particular, isto consente estabelecer, para um dado indivíduo, qualquer que seja, a probabilidade de contrair um certo tipo de doença, em uma idade determinada, durante um particular período da sua vida [...]. Em outros termos, um dos atuais motivos de interesse da aplicação da genética na população humana é aquele de permitir reconhecer os indivíduos de risco e o tipo de risco que os indivíduos correm ao longo de sua existência. Diriam-me que em todo caso, pelo menos por enquanto, não se pode fazer nada, os nossos pais nos fizeram como somos. Sim é verdade. Mas quando for possível determinar quais são os indivíduos de risco, e quais são os riscos que a união de dois indivíduos de risco produza um indivíduo, que por sua vez será caracterizado como um indivíduo de risco, do qual será portador, será perfeitamente possível imaginar um cenário deste tipo: os patrimônios genéticos bons – ou seja aqueles que podem produzir indivíduos com baixo risco, ou que a taxa de risco não será danosa nem para eles nem para seu cerco familiar, nem para a sociedade – se tornarão seguramente raros, e na medida em que serão qualquer coisa de raro, poderão perfeitamente entrar,

³⁷²"[...] è evidente che non dobbiamo pagare per avere il corpo che abbiamo, o il corredo genetico che ci è proprio. Tutto ciò non costa nulla. Certo, non costa nulla, ma [...] bisognerebbe vedere, ed è facile immaginare che qualcosa del genere possa accadere (sto facendo solo un po' di fantascienza, ma è una problematica che oggi sta diventando attuale)." (FOUCAULT, *Nascita...*, p.188).

e é normal que seja assim, no interior de circuitos ou de cálculos econômicos, vale dizer, de escolha alternativa. Em termos mais claros, isto significa que, tendo eu um determinado patrimônio genético, se quero ter um descendente com código pelo menos tão bom quanto o meu, senão possivelmente, melhor, será também necessário que eu me case com alguém cujo patrimônio genético seja por sua vez bom [...] a partir do problema da raridade dos códigos genéticos bons, o mecanismo de produção dos indivíduos, a produção das crianças podem reencontrar e entrecruzar toda uma série de problemas de natureza econômica e social.³⁷³

Foucault já percebe, então, o quanto a preocupação com o melhoramento do capital humano implica uma forte influência do conhecimento da genética e o investimento deste saber, como instrumento para viabilizar um aprimoramento do homem já desde antes do seu nascimento. O problema político do uso da genética está diretamente vinculado ao melhoramento do capital humano, o que certamente induz a uma lógica racista. Infelizmente, por considerar que esta ainda não era uma questão fundamental para a política, Foucault não insiste em seu desenvolvimento. Todavia, tais apontamentos são suficientes para demonstrar o quanto Foucault estava ciente da influência da genética

³⁷³"La genetica attuale, infatti, mostra che un numero sempre più rilevante di elementi, maggiore di quanto potessimo immaginare finora, (è) condizionato dal patrimonio genetico che abbiamo ricevuto dai nostri avi. In particolare, essa consente di stabilire, per un dato individuo, chiunque sia, le probabilità di contrarre un certo tipo di malattia, a un'età determinata, durante un particolare periodo della sua vita [...]. In altri termini, uno degli attuali motivi di interesse dell'applicazione della genetica alle popolazioni umane, è quello di permettere di riconoscere gli individui a rischio e il tipo di rischio che gli individui corrono lungo l'intero arco della loro esistenza. Mi direte che in ogni caso, almeno per ora, non si può fare niente, i nostri genitori ci hanno fatto così come siamo. Sì, è vero. Ma da quando diventerà possibile stabilire quali sono gli individui a rischio, e quali sono i rischi che l'unione di due individui a rischio produca un individuo, che sarà a sua volta caratterizzato da un certo tipo di rischio, di cui sarà portatore, sarà perfettamente possibile immaginare uno scenario di questo tipo: i patrimoni genetici buoni – ovvero (quelli) in grado di produrre individui a basso rischio o il cui tasso di rischio non sarà dannoso né per essi, né per la loro cerchia familiare, né per la società – diventeranno sicuramente rari, e nella misura in cui saranno qualcosa di raro, potranno perfettamente (entrare), ed è del tutto normale che sia così, all'interno di circuiti o di calcoli economici, vale a dire di scelte alternative. In termini più chiari, questo significherà che, avendo io un mio determinato patrimonio genetico, se voglio avere un discendente il cui corredo sia perlomeno altrettanto buono del mio se non, migliore, sarà anche necessario che io sposi qualcuno il cui patrimonio genetico sia a sua volta buono [...] a partire dal problema della rarità dei corredi genetici buoni, il meccanismo di produzione degli individui, la produzione dei bambini, può ritrovare e incrociare tutta una serie di problemi di natura economica e sociale." (FOUCAULT, *Nascita...*, p.188).

no campo biopolítico, o que permite estender seu pensamento sobre biopolítica para pensar a realidade biotecnológica e tecnocientífica atual.

Paula Sibília aponta claramente esta relação evidente entre biopolítica e biotecnologia:

A época atual parece estar efetuando um significativo *upgrade* – globalizado e privatizado – das antigas biopolíticas da sociedade industrial, através das quais as populações eram administradas por meio de políticas públicas que visavam ao seu engajamento produtivo, à captura da vida e à sua reprodução planejada de acordo com parâmetros bem definidos [...] os desdobramentos desses conceitos foucaultianos merecem ser explorados, pois nas pesquisas genéticas e biotecnológicas é possível localizar toda uma gama de ferramentas destinadas à sujeição da vida, com a sua capacidade de identificar índices de riscos e aplicar terapêuticas preventivas.³⁷⁴

A expressão "qualidade de vida" hoje tem se tornado um lugar comum e a justificativa para que práticas que invadam vidas, corpos, o cotidiano, os hábitos, os desejos, as subjetividades. Hoje, quando se questionam as técnicas de manipulação e intervenção na vida, percebe-se que a resistência a elas, ou seja, a resistência ao biopoder, acaba se verificando, muitas vezes, pela afirmação de uma vida mais curta, menos saudável, e até da morte, o que acarreta uma aporia inevitável. Como resistir a um poder que cuida da vida, que quer prolongá-la e melhorá-la? A potência da vida afirmada pelo biopolítica menor é uma tentativa de resposta, mas, mesmo assim, a resistência ao biopoder é cada vez mais difícil, na medida em que é interiorizado por escolha própria – a eficiência de seu resultado está justamente no fato de não ser tomado como um poder que sujeita, mas que faz o homem "melhorar" e "evoluir":

Trata-se de uma forma de poder que rege e regulamenta a vida social desde dentro, seguindo-a, interpretando-a, assimilando-a e a reformulando. O poder não pode obter um domínio efetivo sobre a vida inteira da população a menos que se torne uma função integrante e vital que cada indivíduo abraça e reativa por sua própria conta e vontade [...] É nesse sentido que a vida torna-se um objeto de poder, não só na medida em que o poder tenta se encarregar da vida na sua totalidade, penetrando-a de cabo a rabo e em todas as suas esferas, desde a sua dimensão cognitiva, psíquica, física, biológica,

³⁷⁴SIBÍLIA, op. cit., p.17.

até a genética, mas sobretudo quando esse procedimento é retomado por cada um de seus membros. O que está em jogo nesse regime de poder, de qualquer modo, é a produção e reprodução da vida ela mesma.³⁷⁵

O que Foucault havia analisado em termos de investimento em capital humano hereditário tem se tornado uma realidade cada vez mais presente. Hoje com a decifração do genoma humano, com a possibilidade de manipulação genética, com as técnicas dos diagnósticos pré-implantatórios, entre tantas outras, está se tornando possível predeterminar o patrimônio genético. A espécie humana está sendo manipulada pelo próprio homem. Trata-se do excesso de biopoder, já indicado por Foucault, que:

[...] aparece quando a possibilidade é técnica e politicamente dada ao homem, não só de organizar a vida, mas de fazer a vida proliferar, de fabricar algo vivo, de fabricar algo monstruoso, de fabricar – no limite – vírus incontroláveis e universalmente destruidores. Extensão formidável do biopoder que [...] vai ultrapassar toda a soberania humana.³⁷⁶

Verifica-se hoje este excesso de biopoder, na medida em que as técnicas e práticas de manipulação da vida e do sujeito viabilizadas pela biotecnologia e pela tecnociência ultrapassam qualquer tentativa de acompanhamento do direito, do poder soberano e da própria espécie humana. O homem não admite mais os limites de seu corpo, utilizado e docilizado, e pretende a vida eterna da espécie humana às custas da humanidade de sua espécie – o homem na ambição de matar sua mortalidade, elimina a sua humanidade.

A insuficiência dos referenciais modernos e, conseqüentemente, do direito moderno em face destas técnicas de manipulação da vida é flagrante, e por isso a sua análise se mostra pertinente para o presente trabalho, na medida em que seu objetivo é justamente analisar a incapacidade que o direito moderno e seus arquétipos têm, em razão do processo de abstração que mergulharam ao logo da modernidade, de relacionar-se com a vida biológica. O estranhamento entre vida, homem e direito

³⁷⁵PELBART, Peter Pál. **Vida capital**: ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2003. p.82.

³⁷⁶FOUCAULT, **Em defesa...**, p.303.

quando levantadas as questões atuais trazidas pelas novas possibilidades da ciência unida à técnica é evidente e se mostra imprescindível ao presente trabalho.

Para se pensar vida, subjetividade, poder e direito hoje não há como fugir da sua análise também do interior da revolução tecnológica e seus efeitos sociais, uma vez que esta tem causado uma reconfiguração de todos estes elementos, bem como de suas inter-relações. Como afirma Laymert dos Santos:

Estamos passando por uma desmontagem de todo referencial tradicional e moderno enquanto se começa a construir uma sociedade nova cuja dimensão é, paradoxalmente e ao mesmo tempo, molecular e global [...] Desregulamentação, desmaterialização, descodificação, desterritorialização, desreferencialização, desconstrução [...] a tecnociência vem desqualificando os procedimentos modernos e a maneira de pensar correspondente – tornando obsoletos aparelhos, instrumentos e máquinas, modos de produzir e modos de trabalhar; alterando constantemente nossas relações com a segunda natureza (o universo da tecnosfera); artificializando cada vez mais, até ao absurdo, nossas relações com a natureza; favorecendo o surgimento de novas relações sociais, na medida em que suscita novas regras do jogo que vão produzir novas categorias de incluídos e excluídos.³⁷⁷

³⁷⁷SANTOS, Laymert Garcia dos Santos. **Politizar as novas tecnologias: o impacto sócio-técnico digital enética**. São Paulo: Editora 34, 2003. p.81-82.

PARTE III
BIOTECNOLOGIA E BIOPOLÍTICA: O ESTRANHAMENTO DA
VIDA E DO HOMEM COM O DIREITO NA ERA PÓS-HUMANA

CAPÍTULO 1

A DIGITALIZAÇÃO, OBJETIVAÇÃO E MERCANTILIZAÇÃO DO HOMEM E DA VIDA

1.1 DO HOMEM MÁQUINA AO HOMEM INFORMAÇÃO

É tempo de nos perguntar se um bípede, com corpo que respira e palpita, com uma visão binocular e um cérebro de 1400 cm é ainda uma forma biológica adequada. A espécie humana criou um ambiente técnico e informativo que ele não é mais capaz de acompanhar. Por um lado, é esmagado pela velocidade, pela precisão e pelo poder da tecnologia; por outro, é submergido pela quantidade e pela complexidade das informações acumuladas.³⁷⁸

Que o diabo carregue o corpo físico, não interessa.³⁷⁹

Mal o homem descobriu sua organicidade e já quer dela abrir mão, pois numa visão laica e *high tech*, passa a conceber no corpo as limitações humanas e dele busca transcender, não mais para a vida eterna do mundo do além, mas para se atingir a imortalidade no mundo do aqui e agora. Abre-se mão dos corpos e mergulha-se numa virtualidade sem limites.

A ciência atual inspirada por um espírito fáustico³⁸⁰ de imortalidade tem possibilitado a criação de novas formas de vida, espaço e realidade. Como já afirmava

³⁷⁸Depoimentos de Minsky e de Stelarc tirados de um dossiê da revista *Whole Earth Review*, n.63, 1985: "Is the body obsolete?" (BRETON, David Le. Adeus ao corpo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.126).

³⁷⁹BRETON, op. cit., p.125.

³⁸⁰A expressão "tradição fáustica" é utilizada por Paula Sibília em sua obra "O Homem pós-orgânico: corpo, subjetividade e tecnologias digitais". Ela cita o autor Hermínio Martins que utiliza as figuras míticas, Prometeu e Fausto, para analisar as bases da tecnociência moderna e contemporânea. Esta expressão faz uma referência ao personagem mítico Fausto, que animado por uma vontade de crescimento infinito e pelo desejo de superar as suas próprias possibilidades, faz um pacto com o Diabo assumindo o risco com as potências infernais. A analogia é extremamente pertinente, na medida em que o progresso tecnocientífico e biotecnológico almeja um crescimento sem limites, buscando

Hannah Arendt no prólogo de "A condição humana"³⁸¹, ao tornar a vida artificial a ciência acaba cortando o laço que faz do homem filho da natureza e o desejo de fugir da condição humana que esta natureza lhe impôs está refletida em sua busca pela imortalidade a qualquer preço – o preço mesmo da espécie humana. Uma nova "forma" parece se mostrar. A impressão que se tem é que as possibilidades dadas pelas novas técnicas e saberes estão fazendo dos humanos "[...] mármores brutos para nosso próprio engenho e arte, nossos corpos e espíritos são doravante insumos que podem ser manipulados para o engendramento de novas corporalidades e novos seres."³⁸²

O desprezo ao corpo adquire uma nova conotação – não mais simboliza o pecado da carne (cristianismo); não mais apenas é fonte de engano (Descartes) – mas configura as limitações de uma razão que busca mais, que busca a vida além do orgânico. Um gnosticismo contemporâneo, um neocartesianismo *high tech* que transforma a vida em um conjunto de informações. Trata-se de uma nova metafísica referente à informação e ao fenômeno da digitalização da vida. Se antes a essência humana estava na mente e em sua capacidade de pensar, hoje está na informação que ela carrega não só em seu pensamento, mas em si, em suas células. Da mesma

solucionar todos os problemas e realizar todos os desejos do homem (SIBÍLIA, op. cit.). Segundo Hermínio Martins, a ciência atual, ou melhor, a tecnociência, adquire feições fáuticas e abandona sua tradição Prometeica. Para o autor, "a tradição Prometeica liga o domínio técnico da natureza a fins humanos e sobretudo ao bem humano, à emancipação da espécie inteira e, em particular, das classes mais numerosas e pobres. A tradição fáustica esforça-se para desmascarar os argumentos Prometeicos, quer subscrevendo, quer procurando ultrapassar [...] o nihilismo tecnológico, condição pela qual a técnica não serve qualquer objetivo humano para além da sua própria expressão." Além disso, a tradição prometeica assume certos limites, para além dos quais não pode ir (como descobrir o mistério da origem da vida humana, por exemplo). Já a tradição fáustica não admite qualquer coisa que venha restringir seus anseios. Ademais, existe uma nítida preponderância da técnica em relação à ciência. O conhecimento não se dá pela verdade, mas em nome do controle dos fenômenos e a elaboração de uma teoria científica equivale à construção de uma ferramenta. Trata-se de uma tradição inspirada pelo impulso tecnológico de dominar o mundo, desejo típico e característico da moderna cultura ocidental. (MARTINS, Hermínio. **Hegel, Texas e outros ensaios de Teoria social**. Lisboa: Edições Século XXI, 1996. p.200, 227-235).

³⁸¹ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio Celso Lafer. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.10.

³⁸²OLIVEIRA, op. cit., p.170.

forma que em Descartes a existência independia do corpo, uma vez que decorria do pensamento – *"Penso, logo existo"* – a tecnociência afirma a dispensabilidade orgânica e a possibilidade de existência (vida?) fora do corpo. O homem máquina está se tornando homem-informação. Desde que se pode traduzir tudo o que se é em um conjunto de dados genéticos, ou seja, em um conjunto de informações, a rígida separação dos binários simplificadores modernos – originários do pensamento dualista cartesiano – orgânico/inorgânico, ser vivo/ser inanimado tornou-se bastante nebulosa, e com isso a idéia de vida se esfumou. Se era algo misterioso, e de tão misterioso, sacralizada, hoje a vida, de tão evidente e manipulável – uma vez que seu enigma foi decifrado, ela é informação –, tem se tornado descartável (talvez este seja mais um ponto que demonstra a culminação do paradoxo da sacralidade da vida a que denuncia Agamben – vida nua, vida-informação, ambas não passam de vidas matáveis e manipuláveis).

O homem em sua configuração biológica tornou-se obsoleto, como se esta fosse apenas a transição para uma nova configuração. Na medida em que as subjetividades e os desejos são os verdadeiros alvos de controle para modelação da atual sociedade de controle, e não os corpos, já que hoje máquinas fazem mais e melhor o que durante tantos anos eles foram disciplinados a fazer, em relação ao corpo, tanto o biopoder quanto o próprio sujeito, moldado por este poder, detêm desprezo.

Transcender o corpo é transcender a própria humanidade. Como afirmou Foucault, o homem nem sempre existiu e parece que não existirá para sempre. A imortalidade que se busca transcende os limites do tempo e os limites da forma-Homem³⁸³ que hoje se apresenta. As novas relações a que estão submetidos os homens parecem conduzi-los a uma nova forma, nem Deus, nem homem, mas a forma-

³⁸³Como expõe, Deleuze, segundo Foucault, toda forma é um composto de relações de forças. O homem é uma forma resultante de relações de forças dele mesmo com forças a ele externas. A composição de determinandas forças deram origem à forma-Homem que se conhece e dessa maneira, analisa Deleuze: "Pode-se já prever que as forças, no homem não entram necessariamente na composição de uma forma-Homem, mas podem investir-se de outra maneira, num outro composto, numa outra forma." (DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. Claudia Sant'Anna Martins; revisão da tradução Renato Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2005. p.132).

além do homem, ou como adiantara Nietzsche, o Super-homem, aquele que segundo o autor liberou a vida dentro do próprio homem em proveito de uma outra forma.

Como diria Foucault, o super-homem é muito menos que o desaparecimento dos homens existentes e muito mais que a mudança de um conceito: é o surgimento de uma nova forma, nem Deus, nem o homem, a qual, esperamos, não será pior que as duas precedentes.³⁸⁴

É bastante interessante a análise que Deleuze faz sobre as questões da vida, do trabalho e da linguagem que compõem o homem que nasce no fim do século XVIII, como demonstrou Foucault, na atual realidade biotecnológica cujas novas forças que vem manter relações com as forças dos homens, "as do silício, que se vingam do carbono, as dos componentes genéticos, que se vingam do organismo, as dos agramaticais que se vingam do significante", tendem à elaboração desta nova forma, o Super-homem:

[...] carregado dos próprios animais (um código que pode capturar fragmentos de outros códigos, como novos esquemas de evolução lateral e retrógrada). É o homem carregado das próprias rochas, ou do inorgânico (lá onde reina o silício). É o homem carregado do ser da linguagem (dessa região informe, muda, não significante, onde a linguagem pode liberar-se, até mesmo daquilo que ela tem a dizer).³⁸⁵

Abolir o corpo significa abolir as distâncias geográficas, as doenças, as dores, o envelhecimento e a morte. Dessa forma, o ser humano, a vida e a morte parecem passar por uma intensa turbulência e reconfiguração. Mas, como questiona Paula Sibília, numa inquietude bastante convergente com a do atual trabalho: "pode haver vida sem organismo, sem finitudo, sem morte?"³⁸⁶ Como prossegue a autora, estar-se-ia inaugurando uma nova era: a era pós-humana. Quem pode negar, tendo em vista as evoluções da engenharia genética e de sua capacidade de manipulação

³⁸⁴DELEUZE, **Foucault**, p.142.

³⁸⁵DELEUZE, **Foucault**, p.141-142.

³⁸⁶SIBÍLIA, op. cit., p.14.

de genes, que o novo homem não é um novo homem geneticamente modificado? Ou ainda, um híbrido formado de próteses bioinformáticas? Quem sabe o pensamento deste Super-homem não se efetue mais por reações químicas e orgânicas, mas por simples downloads? Em que o humano está se tornando?

A descoberta da estrutura do DNA e de que todos os seres vivos surgiram a partir da combinação das quatro bases que o constituem possibilitou a identificação da vida com a informação. O texto de Manfred Eigen deixa esta tendência bastante clara ao tentar responder o que é a vida:

Todas as reações químicas de um ser vivo seguem um programa controlado, operado por uma central de informação. A meta desse programa é a auto-replicação de todos os componentes do sistema, incluindo a duplicação do próprio programa ou mais precisamente do material que o contém [...] O legado da pesquisa biológica deste século será a compreensão profunda dos processos de criação da informação no mundo vivo. Talvez isto resulte na resposta à questão "O que é vida?"³⁸⁷

As conseqüências dessa identificação e reducionismo, que simplifica o significado da vida, podem ser tão benéficas quanto catastróficas. A possibilidade de manipular a vida tornou-se cada vez mais presente no cotidiano das pesquisas científicas e, os seres orgânicos naturais, seja vegetal, animal e até humano estão se tornando matéria-prima, instrumentos para a elaboração de novas "formas", como diria Deleuze. Na medida em que os genes que compõem a estrutura de um ser vivo mais simples são basicamente os mesmos que constituem o humano, este perde a sua sacralidade e as fronteiras entre o humano e o não humano, uma vez que tudo se torna banco de dados, acaba sendo dissolvida. A vida humana passa a ser uma vida tão matável quanto a vegetal e animal – vida nua, portanto. Assim como estes dois últimos servem para a melhoria da vida dos humanos, estes estão sendo usados para se criar algo que está se formando para além do humano. Além disso, não é apenas o grau de valor

³⁸⁷EIGEN, Manfred. O que restará da Biologia do século XX? In: MURPHY, Michel P.; O'NEILL, Luke A. J. (Org.). **O que é vida? 50 anos depois**: especulações sobre o futuro da biologia. São Paulo: UNESP, 1997. p.13-33.

que se confere aos seres vivos vegetal, animal e humano que está sendo nivelado – a partir do momento em que tudo se torna informação, ser humano e computador, homem e máquina adquirem muito mais coisas em comum do que presumia Descartes:

[...] vai então se desenhando uma convergência que faz com que as condições de surgimento da vida sejam as mesmas que propiciam o surgimento da computação, e que levam os criadores da vida artificial a considerarem que as criaturas são seus códigos, que as células seus autômatos.³⁸⁸

O reducionismo da engenharia genética, segundo Vandana Shiva, acarreta a perpetuação de uma "visão mecanicista dos organismos biológicos, na qual os genes e o DNA são concebidos como átomos biológicos, os tijolos da vida".³⁸⁹ O homem não é mais a medida das coisas, mas sim a informação e "[...] ao tomá-la como referência última, passamos a valorizar o molecular, o infra-individual, comprometendo a noção de indivíduo e questionando a de organismo."³⁹⁰ No mundo da informação, portanto, a natureza humana é colocada em questão, pois do ponto de vista microfísico não há diferença entre moléculas biológicas e inorgânicas, naturais e artificiais.

Ironicamente, nessa passagem do homem-máquina, característico da tecnociência prometeica, para o homem informação, a integração entre homem e máquina é cada vez mais evidente. Esta fusão entre corpo humano e computadores, que corresponde ao saber da biônica, é possível justamente na medida em que se confere a mesma lógica a ambos: a lógica da informação digital e eletrônica, a partir da qual se pode verificar a troca de elementos informáticos e órgãos – orgânico e inorgânico, tudo é informação digital.

³⁸⁸SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.284.

³⁸⁹Entrevista de Vandana Shiva transcrita em SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.77.

³⁹⁰Entrevista de Vandana Shiva transcrita em SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.86.

De animais técnicos que usam ferramentas, passamos para o operário mecanizado de Chaplin, para trabalhador automatizado de *Metropolis*, mas agora o que temos é um homem fundido às máquinas, um *homem máquina* no sentido literal [...] O que esse [...] homem-máquina fará com a vida? O que a vida fará com o homem-máquina?³⁹¹

A exploração das entranhas do homem realizadas na ruptura epistemológica apontada por Foucault, com o surgimento da biologia, hoje pode ser ainda mais aprofundada pela contribuição dos saberes da engenharia genética e da biologia molecular, auxiliados pelas ferramentas digitais. A possibilidade de remodelagem das informações genéticas está dia a dia mais presente com a evolução do Projeto Genoma Humano, cujo objetivo é mapear o DNA. Feito o mapeamento e obtidas as informações, o próximo passo é alterá-lo, aperfeiçoá-lo, modelá-lo, transformá-lo.³⁹² Por meio do DNA recombinante já é possível criar transgênicos e seres híbridos. Trata-se do início de uma era em que as espécies naturais estão sendo extintas graças à intervenção nociva do homem e substituídas por novas espécies criadas artificialmente em laboratórios.

De homem máquina, mera extensão e conjunto de engrenagens que funcionam segundo leis mecânicas, característico da tecnociência prometeica, passa-se ao homem-informação, o qual não tem o seu corpo, mas sim o conjunto de seus dados genéticos modelados e manipulados.³⁹³ Hoje, na sociedade de controle e de

³⁹¹OLIVEIRA, op. cit., p.170.

³⁹²Embora a Convenção do Conselho da Europa de 1996, sobre os Direitos do Homem e a biomedicina, em seu artigo 13 proíba qualquer intervenção no genoma humano a não ser por razões terapêuticas, preventivas e diagnosticadas, impedindo a alteração do genoma da descendência, verifica-se o processo oposto quando se toma notícias de pesquisas conduzidas nos Estados Unidos sobre clonagem humana.

³⁹³"A passagem da metáfora do homem-máquina [...] para o modelo do homem-informação parece dar conta de um materialismo levado até as últimas consequências. No entanto, a materialidade da substância com a qual são constituídos todos os seres vivos é ambígua: afinal, o DNA é um código, é pura informação. As instruções contidas nos genomas das diversas espécies, inclusive a humana, estão sendo decifradas nos laboratórios por meio de equipamentos específicos denominados seqüenciadores automáticos de DNA, e toda uma aparelhagem computacional capaz de processar uma enorme quantidade de dados. A informação obtida dessa forma é digital: meras cadeias de zeros e uns feitos de luz. E nele reside o 'segredo da vida [...] para essa disciplina científica, o fundamento da vida reside em uma série de instruções digitalizadas: longas sequências de letras A, T, C e G, processadas por meio de uma artilharia informática que funciona sem cessar, 24 horas por dia.'" (SIBÍLIA, op. cit., p.82-83).

informação, não se monitora mais apenas o tempo, o espaço, os gestos e os comportamentos individuais (mecanismos disciplinares), nem os fenômenos de massa e o meio ambiente (mecanismos de segurança), mas o próprio patrimônio genético, instrumento de identificação pessoal e individualização dos fatores de risco.³⁹⁴ Não se formata mais apenas corpos e subjetividades por processos educacionais e culturais – capital humano adquirido, nos termos de Foucault –, mas por meio do capital humano hereditário³⁹⁵.

Na medida em que se verificam a predeterminação e disposição genéticas para certas doenças e anomalias, do exame disciplinar, está-se encaminhando para os "testes genéticos", a partir dos quais pode-se fazer diagnósticos adiantados e elaborar terapêuticas preventivas, controlando melhor, assim, riscos futuros – não se aguarda mais pelo sintoma, pois já se sabendo da pré-disposição à doença, pode-se controlar e evitar o seu desenvolvimento. As terapias gênicas preventivas e corretivas que buscam criar medicamentos específicos tendo em vista o genoma do indivíduo, ou seja, a partir daquilo que os seus genes estão indicando, é uma das metas das ciências da vida unidas às empresas farmacêuticas e teleinformáticas.

³⁹⁴Rodotà elenca algumas conseqüências no que se refere à manipulação das informações genéticas, entre elas: a grande quantidade de informação nas mãos de terceiros e do próprio sujeito interessado pode tornar determinante o livre desenvolvimento da personalidade; torna-se possível prever o futuro biológico, tornando situação de livre escolha o que antes era de necessidade; criam-se situações propícias à construção do devir biológico, passando-se de situação onde o homem era submetido para as que o homem governa; a preeminência dos aspectos biológicos em detrimento dos sociais, em relação a algumas situações, como a maternidade, por exemplo; a conferência de um valor econômico às informações genéticas (nas relações de trabalho, seguro). A questão de como gerir estas informações a que o homem passa a ter acesso é uma questão de grande relevância para o universo jurídico, na medida em que gera relações importantes de responsabilidade: que informações devem ser privadas, quais devem ser informadas a terceiros, e quais terceiros (cônjuge, familiares, pessoas com as quais se tem relações sexuais, com as quais se contrata, como empregador, empresa de seguros), onde cabe o sigilo, qual a consequência da quebra deste sigilo, enfim, inúmeras situações (RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Mulino, 1995. p.210).

³⁹⁵"Em duas gerações disporemos do conhecimento e da tecnologia que nos permitirá realizar aquilo que os engenheiros sociais não conseguiram. Nesse estágio, teremos encerrado definitivamente a história humana, porque teremos abolido os seres humanos enquanto tais. Então, começará uma nova história, para além do humano." (FUKUYAMA, Francis. **El último hombre en una botella: artefato, pensamientos de la técnica**. Buenos Aires: UBA, 2001. p.36).

A Recomendação 934, de 1982, afirma que os artigos 2 e 3 da Convenção europeia dos direitos do homem implicam "o direito de herdar características genéticas que não tenham se submetido à manipulação". Para tentar justificar a intervenção da terapia gênica propôs-se fazer uma lista de doenças que justificariam tal intervenção (tal orientação está presente no relatório *Bundestag*).³⁹⁶

Esse tipo de proposta é bastante complicada, pois definir quais doenças são hereditárias, o grau de gravidade e o limiar entre doença e desvio da normalidade genética é uma tarefa difícil em termos médico e jurídicos. Rodotà ainda alerta que elencar doenças que indicam os casos em que as terapias gênicas são pertinentes poderia induzir a um modelo cultural fundado na discriminação e na estigmatização sociais daqueles que portam as doenças.³⁹⁷

Ainda, os estudos voltados às determinações genéticas de nossas características não estão ligados apenas a doenças ligadas ao corpo, mas a características comportamentais, como depressão, agressividade, homossexualismo, criminalidade. As pesquisas em busca de explicações genéticas para estas manifestações comportamentais estão cada vez mais em voga e povoando o imaginário não só de cientistas, mas da população em geral. Trata-se de uma onda de determinismo biológico que deve ser olhado com muita atenção para não implicar práticas eugênicas³⁹⁸ como no nazismo. Se se descobre o gene da violência, por exemplo, por que não eliminá-lo

³⁹⁶RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.129.

³⁹⁷RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.130.

³⁹⁸"[...] os novos saberes parecem trazer consigo a possibilidade de realização plena dos antigos projetos eugênicos, abrindo um caminho que conduz não só à 'melhoria' mas à geração de elementos vivos. De fato, os cientistas que operam com a técnica de DNA recombinantes, manipulando informações genéticas nos laboratórios de firmas privadas e nos institutos de pesquisa de todo o planeta, realizam 'escolhas eugênicas' de maneira rotineira quando decidem quais genes alterar, suprimir ou inserir nos códigos de diversos organismos animais e vegetais. A espécie humana também está na lista, com promessas de negócios milionários para as empresas que saibam dar os primeiros passos da sua reconfiguração eugênica" (SIBÍLIA, op. cit., p.150).

do indivíduo? Por que não intervir nas células germinativas e eliminar o mal pela raiz, evitando a herança deste gene e barrando o nascimento de pessoas violentas?

Embora a Declaração sobre o Genoma Humano promulgada pela Unesco em seus artigos 2a e 2b afirme que cada indivíduo tem direito à dignidade independentemente de suas características genéticas, respeitando-se a diversidade de cada um, deve-se ficar atento à utilização da terapia gênica que pode tender a finalidades seletivas, com direção a uma nova programação dos indivíduos e da população – “[...] planificação 'doce' da normalidade, que coloca em discussão o direito à diferença e, com isso, o mesmo direito à identidade.”³⁹⁹ Este é o perigo do entendimento que confere aos genes um determinismo superdimensionado em relação ao destino dos homens. Trata-se de um biopoder em busca do estabelecimento de uma normalidade já desde a formação do capital humano hereditário – não mais apenas formatando e adestrando corpos e controlando o meio, mas manipulando o próprio patrimônio genético do homem.

A tecnociência fáustica tem o impulso de evitar todo o imprevisível e busca determinar o futuro, controlar o destino, eliminando as contingências e a aleatoriedade. Expressão nítida do biopoder, que sempre esteve às voltas com o controle das eventualidades, dos riscos, normalizando e administrando os eventos naturais. Verifica-se, nesta linha biotecnológica do biopoder, que a normalização se intensifica ainda mais e há a formação de novas identidades e práticas individuais, bem como um novo esquadramento da população a partir destas novas verdades do ser e da vida humanos, que são as informações genéticas. Parece que hoje é o DNA, os genes, o foco principal do biopoder.

Paul Rabinow identifica no Projeto Genoma uma nova articulação dos discursos e práticas do biopoder. Segundo esse autor, com a nova genética surge também uma nova forma de sociabilidade: a *biossociabilidade*, a partir da qual a natureza

³⁹⁹ “[...] pianificazione 'dolce' della normalità, che mette in discussione il diritto alla differenza e, con esso, lo stesso diritto alla identità.” (RODOTÀ, **Tecnologie...**, p.130).

é refeita pela técnica e se torna, finalmente, artificial, assim como a cultura passa a ser natural.⁴⁰⁰ Com ela surgem novas identidades e novos lugares de restrição.

Na sociedade pós-disciplinar, ou de controle, como chama Deleuze, continuam circulando as bioidentidades, como raça, gênero, idade e vigendo as práticas de normalização e medicalização, mas às tecnologias disciplinares são adicionadas outras pós-disciplinares e novas classificações pós-sociobiológicas são formuladas.⁴⁰¹

A padronização e a normalização são generalizadas e adquirem um requinte – busca-se uma realidade onde não existirá mais doentes. Da constatação de sintomas, passa-se a constatação do código genético e das pré-disposições e, desta por sua vez, passa-se à manipulação e alteração do material genético para que os genes responsáveis pela doença, desvio ou anormalidade desapareçam. O homem passa a interferir diretamente na evolução por meio de uma seleção artificial da espécie.

Os campos de restrição, um dia, não estarão mais circunscritos aos loucos, criminosos, homossexuais, doentes, mas a pessoas que não tiveram o seu material genético devidamente determinado e aperfeiçoado, como ocorre no filme *Gattaca*, em que as pessoas já nascem com o seu destino predeterminado: não só suas características físicas, mas seus talentos, aptidões – quem não foi programado para uma determinada profissão não pode exercê-la, por exemplo. Em *Gattaca* há dois tipos de humanos: os que nascem de reprodução natural e por isso ainda padecem de doenças e limitações, exercendo dessa forma funções mais simples dentro da sociedade; e aqueles que nasceram por reprodução artificial, submetidos às técnicas da engenharia genética, e tiveram, portanto, seu material genético selecionado e determinado. Como em *Gattaca*, os campos de exclusão terão ainda mais elementos

⁴⁰⁰RABINOW, Paul. Artificialidade e iluminismo: da sociobiologia à biossociabilidade In: _____. **Antropologia da razão**: ensaios de Paul Rabinow. Organização e tradução, João Guilherme Biehl. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999. p.143-144.

⁴⁰¹RABINOW, Artificialidade..., p.148.

que o mero poder aquisitivo, a raça, a etnia; eles dependerão das capacidades que a pré-modelação genética conferiu ao indivíduo antes mesmo de nascer.

A possibilidade de ser gestor de si, de se autocriar está sendo dada ao homem pela tecnociência e todos os saberes que a envolvem, os quais aliados à força do capital possibilitam tornar a vida, os corpos e as subjetividades também objetos de consumo, mercadorias. O homem mais que ser vivo, ser humano, organismo, está-se reduzindo a um consumidor, que compra os elementos que compõem o seu ser e se submete, sem ter consciência das conseqüências nocivas, às leis tirânicas do mercado. Ele consome saúde, qualidade de vida, avalia os riscos e administra-os para otimizar a sua vida. Tem-se, como afirmou Foucault, a expansão do modelo da empresa para todos os âmbitos da vida, inclusive o biológico e orgânico do homem. Curioso notar que na sociedade de controle, em que a lógica empresarial se dissemina, o controle biopolítico, que na sociedade industrial estava eminentemente nas mãos das instituições governamentais e funcionava em termos de políticas públicas, hoje se desloca cada vez mais para o mercado.⁴⁰² É este o principal sujeito controlador do biopoder. Sendo assim, o que mais interessa ao mercado no que se refere ao homem? Obviamente estimular cada vez mais o consumo compulsivo e movido pelo desejo narcísico de aprimoramento e melhoramento de sua vida e seu ser. Desejos e insatisfação, causada pela criação de novos desejos, são estimulados progressivamente. Reduzido a consumidor, a própria existência do indivíduo, como afirma Laymert dos Santos, é colocada em questão: "Aqueles que processam a sua vida descendo a níveis microscópicos não o concebem mais como sujeitos, mas sim como geradores de padrões informacionais que é preciso manipular [...] o indivíduo (assim) dissolve-se em fluxos de dados."⁴⁰³

⁴⁰²"A 'nova economia', economia do universo da informação, parece considerar tudo o que existe na natureza e na cultura – inclusive na cultura moderna – como matéria-prima sem valor intrínseco, passível de valorização apenas através da reprogramação e da recombinação." (SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.129).

⁴⁰³SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.148.

Assim, o sujeito de direito, hoje, com base no fundamento da defesa de seus direitos subjetivos, está-se reduzindo a sujeito consumidor – o cidadão dos séculos XIX e XX é reduzido a consumidor; o *homo legalis* a *homo oeconomicus*. O mercado oferece e, a partir da lógica liberal exacerbada, a liberdade de escolha se torna a legitimadora da possibilidade de usufruir das práticas tecnocientíficas. Hoje se reivindicam com o título de direitos subjetivos as possibilidades oferecidas no mercado das técnicas ligadas ao nascer e ao morrer: direito de não nascer, direito de nascer, direito de morrer, direito de ter filhos, direito de determinar as características de seus filhos, direito de modificar-se geneticamente, entre tantos outros. As possibilidades dadas pelas novas técnicas das ciências da vida colocam em xeque o que se compreende por direito subjetivo, vida, morte, saúde, liberdade, autonomia. Parece que as peças modernas não se encaixam nos novos desenhos que a evolução tecnológica unida à ciência confere à realidade. Esta complexidade que será abordada nos itens subseqüentes. A lógica dualista e simplificadora dos binários modernos está se desconstituindo. Como bem situa Laymert dos Santos:

[...] Catherine Labrusse-Riou demonstra que o reconhecimento jurídico do direito das pessoas está sendo posto em xeque pelas dificuldades de distinguir as pessoas das coisas (caso do embrião *in vitro* ou congelado e o caso do comatoso ou da pessoa em estado vegetativo, que embaralham as fronteiras e as representações da vida e da morte); de distinguir os sexos (fenômeno do transexualismo, que embaralham as fronteiras entre homens e mulheres, provocando a indiferenciação sexual); de distinguir o homem do animal (caso das experimentações biotecnológicas que misturam genes humanos e animais, criando, por exemplo, um rato que desenvolve uma orelha humana, ou uma ovelha que produz proteína humana no seu leite, graças ao engeiramento de células humanas em seu corpo); e, finalmente, de distinguir o homem da máquina (caso da inteligência artificial).⁴⁰⁴

O que será posto no lugar desses binários para se poder ler uma realidade tão complexa? Sem a pretensão de responder tal questionamento, os próximos itens terão o intuito de demonstrar o quanto esses binários tornaram-se confusos e embaralhados confirmando, assim, a crise dos arquétipos modernos simplificadores

⁴⁰⁴SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.240.

da realidade. Se há alguns séculos a realidade pôde ser reduzida a tais binários, a complexidade atual esfumaça seus delineamentos reivindicando uma nova forma de ser interpretada e compreendida.

1.2 A VIDA COMO MERCADORIA E A NEBULOSIDADE DO BINÁRIO MODERNO SUJEITO/OBJETO

[...] cada vez mais, diluem-se as distinções clássicas entre matéria, vida e pensamento. Anteriormente se poderia dizer que a tecnologia é uma ferramenta para o espírito, residente na dimensão interna da subjetividade, agir sobre a natureza que lhe é exterior. Hoje, contudo, ocorre uma internalização da ação técnica, como se a tecnologia se rebatesse sobre seu agente, como se o espírito se dobrasse sobre si mesmo e se auto-afetasse. Na medida em que uma ação externa se rebate e engolfa seu próprio executor, resta abolida a suposta separação clara entre interno e o externo, e entre sujeito e objeto, e entre ente e artefato.⁴⁰⁵

O binário sujeito/objeto, tão caro à tradição moderna, que tanto inspira o direito moderno e suas categorias (coisa, pessoa, sujeito de direito) está cada vez mais nebuloso, na medida em que o próprio sujeito de direito é usado como coisa, como objeto de experimentação e a possibilidade de o homem tornar-se patenteável está cada vez mais presente.

a) *Sobre o patenteamento*

Um fato tido como marco para o caminho da apropriação da vida corresponde à decisão da Corte Suprema Norte Americana (*Diamond v. Chakrabarty*, US 103), em 1980, que permitiu o patenteamento de um organismo vivo, uma bactéria geneticamente modificada.⁴⁰⁶ Essa bactéria foi considerada um produto da atividade humana, uma

⁴⁰⁵OLIVEIRA, op. cit., p.167.

⁴⁰⁶A criação dessa bactéria tinha o intuito de que ela devorasse o óleo derramado por acidente nos oceanos. O pedido de patenteamento foi feito em 1971 e concedido em 1980 tendo em vista que a Justiça entendeu que este organismo tinha mais semelhança com uma composição química inanimada do que com um ser vivo (SIBÍLIA, op. cit., p.172-173).

vez que foi modificada pelo homem (no caso o biologista Ananda Chakrabarty), com um objetivo específico (digerir petróleo), não existindo nesta forma na natureza.

Segundo Bernard Edelman, pela primeira vez os juristas foram chamados a questionar sobre 'vida', e, segundo ele, de uma perspectiva sacra do ser vivo passou-se para uma de contornos nitidamente instrumentais, para não se falar em industriais.⁴⁰⁷

Com a decisão, que com uma manobra considerou invenção uma alteração genética⁴⁰⁸, abriu-se precedentes para novas patentes de seres vivos, tanto que em 1985 foi patenteada a primeira planta e dois anos depois, 1987, o primeiro animal.⁴⁰⁹

Apesar da perspectiva que predominou até o século XX, da sacralidade de todas as formas de vida, considerando-as uma totalidade inapropriável, que as excluiu do campo do patenteamento, a atual tendência tem sido a da apropriação da vida e a conseqüente desconstrução do binário inanimado/ser vivo e sua substituição pelo existente na natureza/inventado pelo homem. O relatório do *U.S Office of Technology Assessment (OTA)* deixa bem claro esta transformação de valores em sua argumentação quanto à decisão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos que concedeu a patente: "O fato de uma invenção abarcar ou não a matéria viva é irrelevante para efeitos de patenteabilidade, desde que a invenção seja decorrente de uma intervenção humana."⁴¹⁰

Parece claro pensar que o que existe na natureza e é descoberto, seja um elemento inanimado (um mineral), seja ser vivo (animal, vegetal), não é suscetível

⁴⁰⁷EDELMAN, Bernard. **La personne en danger**. Pris: Presses Universitaires de France, 1999. p.282.

⁴⁰⁸Como afirma Vandana Shiva o poder de mexer nos genes, de manipulá-los não é o mesmo que produzir vida, pois a vida artificial não é possível sem a própria vida (SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.76).

⁴⁰⁹SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.31.

⁴¹⁰RABINOW, Paul. Cortando os laços: fragmentação e dignidade na modernidade tardia In: _____. **Antropologia da razão**. Trad. e organização João Guilherme Biehl. Rio de Janeiro: Relume Durumá, 2002. p.162.

de patenteamento, pois existe independentemente do homem. Como a tecnociência de cunho prometeico afirmava, o homem pode dominar a natureza, mas não dela se apropriar. Não obstante, com os elementos da natureza o homem é capaz de criar artefatos, objetos que não existem no estado natural. Estes podem ser considerados invenção e o direito deve protegê-la, por meio do direito de propriedade intelectual e das patentes. A tradição jurídica em que a idéia das patentes foi fundada é justamente aquela da tecnociência prometeica que visava ao domínio da natureza – a utilização de seus elementos para a criação, invenção de artefatos – que detinha uma visão sacra em relação à vida e segundo a qual a distinção coisa e pessoa, objeto e sujeito era bastante fundamental. Segundo Edelman, na medida em que a biologia ainda não havia nascido, a distinção inanimado/ser vivo coincidia com a distinção coisa/pessoa – os inanimados enquadravam-se como coisas, enquanto os seres vivos (seja vegetal, animal ou humano) como pessoa. Assim, apenas as coisas poderiam ser patenteadas, uma vez que a vida não era algo criado ou inventado pelo homem, mas sim pela natureza.

Todavia, agora, com as práticas ligadas à tecnociência e à biotecnologia de cunho fáustico, o homem adquire a capacidade de interferir e manipular novas formas de vida. Assim, a lógica de que "tudo que é vivo é sagrado" torna-se relativizada, na medida em que se o fundamento das patentes é a invenção, a vida, inevitavelmente, torna-se objeto de apropriação, análoga a uma mercadoria. Nessa linha que prioriza o critério da invenção, independentemente da perspectiva sagrada do ser vivo, parece ter sido tomada a decisão da Corte: não importa a distinção entre coisas inanimadas e vivas, mas sim o que foi inventado pelo homem. A distinção inanimado/animado é substituída pela oposição produtos da natureza (vivos ou não)/ invenção do homem; oposição esta que deu origem à distinção vida natural (não patenteável)/ vida artificial (patenteável).

Se antes os critérios para patentear eram a invenção e o fato de esta ser inanimada, na medida em que não se podia criar seres vivos, hoje resta apenas o critério da invenção, pois a vida está sendo manipulada de tal maneira pelo homem,

que a ele está sendo atribuída algumas vezes a sua invenção. A tecnociência transforma, portanto, a vida e o homem em artefatos (lucrativos, muitas vezes). Como afirma criticamente Vandana Shiva, "[...] o patenteamento da vida estabelece uma ordem imoral na qual tudo tem preço, nada tem sacralidade e não há limites para a exploração e a manipulação".⁴¹¹

De acordo com Edelman, a inclusão do ser vivo no campo das patentes é uma revolução jurídica. Para o autor, a vida deve ser teoricamente separada do homem para poder ser tecnicamente apropriada. "Nós encontramos esta atitude no direito positivo americano. O homem separa a vida de si; deste feito, ele pode tecnicamente utilizá-la e, portanto, patentear-la."⁴¹²

A tecnociência fáustica pressiona os Estados a elaborarem legislações flexíveis no que diz respeito ao patenteamento dos seres vivos. As empresas buscam apropriar-se de todo patrimônio genético da biodiversidade da Terra, pois toda ela é matéria-prima para a biotecnologia. Trata-se do mercado se impondo em relação às decisões políticas, a partir das quais surgem as leis. Como as forças mercadológicas são os protagonistas atuais do biopoder, os Estados vêm cedendo à sua lógica. Para investir em pesquisas, é necessário investir numa contrapartida que é viabilizada pela política das patentes e direitos de propriedade intelectual.

Quando se fala sobre microrganismos como as bactérias, os vegetais e os animais, o estranhamento em relação à possibilidade de patenteamento não é tão alarmante, e principalmente daqueles otimistas em relação aos avanços tecnológicos e científicos. Isso porque tais seres vivos já são utilizados como coisas pelo homem: são passíveis de apropriação, de circulação no mercado, de consumo – ou seja, tem uma serventia instrumental para os humanos. Todavia, e quando se fala do ser

⁴¹¹SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.80.

⁴¹²"La vie elle même doit être théoriquement séparée de l'homme pour pouvoir être techniquement appropriée [...] Nous retrouvons cette attitude dans le droit positif américain. L'homme separe la vie de lui-même; de ce fait, il peut techniquement l'utiliser et, partant, la breveter." (EDELMAN, *La personne...*, p.284).

humano? Se a vida pode ser apropriada, pode ser também o homem ou suas partes? A tendência da tecnociência fáustica em transformar tudo em matéria-prima e fonte de experimentação não exclui o homem deste campo, que necessariamente tem apontado para um processo de coisificação e conseqüente apropriação do ser humano.

Essa questão teve bastante evidência com o caso Moore, que suscita tanto a polêmica da patente, quanto a difícil e complexa relação do sujeito de direito, seu corpo e o estatuto jurídico deste corpo.⁴¹³

John Moore foi hospitalizado em 1976, no centro médico da Universidade da Califórnia, tendo um caso raro de leucemia. Os médicos logo identificaram nele elementos nunca antes vistos que detinham potencial de cura para alguns tipos de câncer. O médico responsável aconselhou a extração do baço (com o consentimento do paciente) o que veio a estabilizar a doença, embora não a tenha curado. O paciente foi acompanhado durante anos e dele coletado material, como sangue, medula, tecidos e esperma para estudo, sem que Moore soubesse a finalidade, que não eram exatamente terapêuticas. Os médicos exploraram o material do corpo de Moore e patentearam uma linhagem de suas células, chamada "linhagem de células Mo" (que foram imortalizadas, isto é, tornadas aptas para pesquisa) em 1984 (em 1990 foi avaliada em 3 bilhões de dólares).

Moore sentindo-se prejudicado ingressou com uma ação reivindicando parte deste lucro, uma vez que as células eram "dele". Mas, pode ser usado este pronome possessivo no sentido de que tais células, parte retirada do corpo de Moore, podem ser consideradas sua propriedade? Quando uma questão como esta é trazida à tona torna-se evidente o quanto o direito ignora a relação do sujeito com seu corpo.⁴¹⁴ Como afirma Bernard Edelman: "Nossa tradição cultural não permite responder à

⁴¹³As informações sobre esse caso foram extraídas dos livros: "Politizar as novas tecnologias", "La personne en danger" e "Antropologia da razão" e do site <http://www.daviddfriedman.com/Academic/Course_Pages/21st_century_issues/21st_century_law/human_repro_tech_law_04/51_Cal_3d_120.pdf>.

⁴¹⁴EDELMAN, *La personne...*, p.290.

questão: qual o vínculo jurídico que une a pessoa a seu corpo? Menos ainda ao seu corolário: qual é o vínculo jurídico que une a pessoa a uma parte destacada de seu corpo?"⁴¹⁵

O autor faz uma crítica bastante lúcida no que diz respeito ao apego à abstração do direito moderno e ao fato de esta abstração causar este estranhamento entre o sujeito de direito (ente abstrato) e seu corpo físico. Segundo ele, o direito civil ignora o "eu", sendo a pessoa para ele "um conjunto de prerrogativas abstratas: a capacidade de ter direitos, um patrimônio, uma 'vontade' [...] E esta pessoa se chama sujeito de direito."⁴¹⁶ Para o autor, o direito civil simplesmente ignora o corpo do sujeito.⁴¹⁷

Paul Rabinow quando faz uma análise do mesmo caso alega que perante situações como esta torna-se evidente a confusão que a nossa cultura moderna tardia vive dividida entre o resíduo das crenças cristãs que concebem o corpo como sagrado e os princípios do ator racional da cultura de mercado, a partir dos quais a pessoa humana é tida como um mero negociador contratual.⁴¹⁸ Em suas palavras, "[...] uma das particularidades do Ocidente pode ser encontrada na tensão entre o corpo enquanto mera coisa transportada por uma ciência e uma tecnologia triunfantes,

⁴¹⁵"Notre tradition culturelle ne permet pas de répondre à la question: quel est le lien juridique qui unit la personne à son corps? Ni moins encore à son corollaire: quel est le lien juridique qui unit la personne à une partie détachée de son corps?" (EDELMAN, **La personne**..., p.290).

⁴¹⁶"[...] un ensemble de prérogatives abstraites: la capacité d'avoir des droits, un patrimoine, une 'volonté' [...] Et cette personne, il l'appelle 'sujet de droits'" (EDELMAN, **La personne**..., p.290).

⁴¹⁷Stefano Rodotà também trabalha com a nova configuração que o corpo adquire com a tecnologia e seus avanços. Tendo-se ciência da transformação que o corpo passou o autor questiona: "Podem permanecer imutáveis aquilo que, brutalmente, pode chamar-se as suas 'regras de uso'? E quantas dessas regras devem encontrar uma formalização jurídica? Tradução livre de: *"Possono rimanere immutate quelle che, brutalmente, possono chiamarsi le sue 'regole d'uso'? E quante di queste regole devono trovare una formalizzazione giuridica?"* (RODOTÀ, **Tecnologie**..., p.174).

⁴¹⁸RABINOW, Cortando..., p.160.

e a sensação ainda vigente de que o corpo e suas partes continuam sendo mais que coisas."⁴¹⁹

Não obstante, um dos argumentos de Moore foi com fundamento no direito de propriedade de suas células. Tal via não obteve sucesso, uma vez que o tecido humano não pode ser considerado como objeto de propriedade. Segundo a corte, o corpo, e o tecido o representa neste caso, não pode se tornar escravo da livre disposição do sujeito. A categoria da propriedade mostrou-se inadequada para solucionar a questão. Uma vez utilizada estaria tornando o sujeito e os elementos de seu corpo "bens" – de sujeito de direito estaria sendo reduzido à coisa. Reconhecer o direito de propriedade reconhecendo a configuração de uma apropriação indébita das células de Moore, seria o mesmo que legitimar o direito de vender o próprio corpo com vistas ao lucro, equiparando o corpo humano a uma mercadoria comercial.

Os médicos, por sua vez, levantaram a tese de que o tecido humano poderia ser comparado a uma fonte de matéria-prima e que as células em si não detinham valor algum, mas que adquiriram tal a partir do seu trabalho sobre as elas. A corte não cedeu a este argumento, respondendo que este trabalho não poderia ter sido feito sem as células. Ainda, os médicos alegaram que uma vez destacadas do corpo de Moore, o material adquiria o mesmo caráter de "lixo hospitalar", com estatuto jurídico de "coisa abandonada".⁴²⁰ Nesta linha, os médicos estavam trabalhando com a lógica, como afirmou Edelman, de que "a pessoa não existiria nos segredos de suas células [...]"⁴²¹, não teria, portanto, "existência em suas células."⁴²²

A chave para a resolução da questão deu-se com fundamento no direito à identidade. Para a corte, as células de Moore fazem parte dele, pois contêm suas

⁴¹⁹RABINOW, Cortando..., p.181.

⁴²⁰SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.32.

⁴²¹"[...] la personne n'existerait pas dans les secrets de la cellule [...]" (EDELMAN, **La personne**..., p.298).

⁴²²"[...] d'existence dans ses cellules [...]" (EDELMAN, **La personne**..., p.298).

informações genéticas e revelam dele mais que o próprio nome e imagem. Assim, o paciente deve ter controle e conhecimento do que vem a ser feito com seu tecido, pois admitir o contrário seria o mesmo que admitir uma invasão massiva em sua privacidade. Ainda levado em conta, foi o argumento da quebra da relação fiduciária médico-paciente, já que não havia sido obtido o consentimento informado de Moore, uma vez que não lhe havia sido informado sobre o potencial econômico da utilização de seu tecido (a lei da Califórnia determina que o médico deve revelar ao paciente toda informação não relacionada à saúde do paciente, que demonstre interesses relacionados à pesquisa ou econômico que interfiram de alguma maneira nas decisões médicas). Decidiu-se, então, que Moore tinha direito a um julgamento por perdas e danos em consequência da traição à relação fiduciária entre médico e paciente.

Independentemente do ressarcimento e qual via o universo jurídico optou para assegurar os direitos de Moore, o fato é que suas células,

uma parte transformada da (sua) matéria [...] agora vive para sempre, duplicando-se em frascos que giram lentamente sobre as prateleiras de uma sala [...] esses fragmentos e pedaços imortalizados podem ser utilizados para a obtenção de mais conhecimento, para proporcionar mais saúde, para produzir mais lucro.⁴²³

Embora a imortalidade do homem ainda não seja possível, a biotecnologia está fragmentando este homem em partes e as tornando imortais e, ao mesmo tempo que imortais, lucrativas.

O que se pode perceber nesse caso bastante polêmico, em que se chocam tantas questões complexas como a relação sujeito de direito e corpo, o direito de privacidade, relação médico-paciente, ética nas pesquisas, interesses econômicos, é tanto a redução do indivíduo em informação, como se viu no item anterior (digital e genética, o que permite sua fragmentação pela tecnociência), bem como a tendência

⁴²³RABINOW, Cortando..., p.182.

de vinculação do conhecimento científico com o mercado – a ciência está se tornando a ciência do lucro.

A leis de patentes podem simbolizar um estímulo à pesquisa, pois a indústria só investe no estudo quando tem uma contrapartida financeira lucrativa. Assim a união entre centros de pesquisas e indústria é cada vez mais evidente. Paul Rabinow demonstra que nos Estados Unidos, em 1986 as empresas industriais financiavam um quarto das pesquisas ligadas à biotecnologia realizadas nas instituições de ensino superior.⁴²⁴ O efeito desta união pode ser nocivo, pois, como o autor indica, as normas das indústrias, quais sejam, o lucro, a eficiência e a produtividade, acabam invadindo a pureza acadêmica. Em suas palavras:

Esse casamento alterou os dois parceiros: a supostamente serena e pura universidade ingressa de cabeça no mundo comercial; e a ala biotecnológica do mundo industrial, tal como antes acontecera com setores da indústria da computação, inventava uma esfera industrial modificada, incorporando elementos da vida universitária considerados necessários para atrair e conservar pesquisadores de primeira qualidade (joves, muitas vezes) [...] boa parte da movimentação de um para o outro lado da fronteira universidade-indústria foi facilitada pelo fato de que a academia se tornou mais industrial, enquanto esse setor da indústria tratava de imitar elementos da vida acadêmica nas biociências [...] De acordo com Pierre Bourdieu, podemos dizer que até recentemente os produtores da verdade nas biociências eram recompensados principalmente com um capital simbólico que os tornava 'membros dominados da classe dominante'. Durante a década de 80 desenvolveram-se maneiras de transformar o capital simbólico em capital monetário e vice-versa.⁴²⁵

Além dessa vinculação perigosa, a questão da distribuição do conhecimento é bastante complicada, pois pode aumentar ainda mais a distância e as desigualdades entre países pobres e ricos, na medida em que apenas estes tenham acesso aos benefícios das pesquisas. Concomitante à conclusão do Projeto Genoma, a comercialização das informações genéticas é algo cada vez mais corrente, por isso "[...] é [...] necessário evitar que as bandeirinhas, plantadas sobre o mapa do gene humano,

⁴²⁴RABINOW, Cortando..., p.163.

⁴²⁵RABINOW, Cortando..., p.164-166.

assinalem a sua conquista completa, atingida com a arma das patentes, isto é, que esse mapa se torne um bem privado".⁴²⁶

Embora existam documentos e declarações como a Declaração do Genoma e direitos humanos, de 1997, que declara o genoma como patrimônio comum da humanidade e por isso não passível de apropriação, o *Australian Patent Act*, séc. 18 (2), que protege os processos biológicos de geração humana afirmando a não-patenteabilidade destes, percebe-se que a lógica do mercado está tomando o corpo para torná-lo mercadoria. Não apenas as técnicas, as substâncias e os instrumentos para a modificação dos genes estão sendo apropriados, como também as próprias seqüências de genes, a informação natural contida em nosso patrimônio genético. Mais uma vez, como o direito fundado por uma lógica abstrata não consegue proteger e abarcar o corpo humano, o mercado acaba dele se apropriando e como tudo no mercado é incorporado como objeto de troca e fonte de lucro, com o corpo humano parece não estar sendo diferente.

Segundo Edelman, questionar se o genoma humano é ou não patrimônio comum da humanidade é uma falsa questão: ela desenvolve, falaciosamente uma oposição entre a concepção humanista do genoma e uma visão mercantil. Em suas palavras "Na realidade, o conceito de patrimônio comum é profundamente hipócrita: sob a desculpa de 'proteção internacional', ele permite uma gestão racional de recursos [...] incluir o genoma humano no patrimônio comum da humanidade, não faria outra coisa que acentuar sua mercantilização trazendo em si um alibi humanista."⁴²⁷

Uma vez que o direito com o qual se tem que responder aos reclames da sociedade, em constante mutação com as inovações tecnocientíficas, nasceu unido

⁴²⁶BERLINGUER, Giovanni. A ciência e a ética da responsabilidade. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina: a ciência manipula o corpo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.206.

⁴²⁷"En réalité, le concept de patrimoine commun est profondément hypocrite: sous couvert de protection internationale, il permet une gestion rationnelle des ressources [...] inclure le génome humain dans le patrimoine commun de l'humanité, ne ferait qu'accentuer sa mercantilisation en lui apportant un alibi humaniste." (EDELMAN, **La personne...**, p.546).

ao desenvolvimento do capitalismo, percebe-se que, conseqüentemente, o sujeito de direito nasceu abstrato e proprietário, e esta categoria da propriedade acaba sendo chamada para solucionar questões em que o 'sujeito de direito', não mais como ente abstrato ou categoria jurídica, mas como homem em sua corporidade, tem a sua concretude colocada em questão, ou seja, as partes destacadas de seu corpo. Quando isso ocorre, a propriedade parece não se encaixar, e quando este encaixe é forçadamente tentado, a coisificação e mercantilização do homem e seu corpo tornam-se inevitáveis.

Questiona-se Edelman: "O que é hoje o nosso corpo? Após ter sido autopsiado, experimentado, desmantelado, não resta nada mais que transformá-lo em fundo de comércio."⁴²⁸ No mesmo sentido, segundo Paul Rabinow, o corpo adquire, com a biotecnologia e com a genética, uma nova abordagem – sua fragmentação acabou transformando-o num reservatório potencial de conhecimento e exploração de "produtos e acontecimentos moleculares e bioquímicos."⁴²⁹

Como Edelman coloca, parece que a razão ocidental está se voltando contra si mesma. Kant jamais poderia prever que uma das conseqüências da abstração e formalização que sua filosofia tanto pregava poderia ser uma das razões da dificuldade atual em se responder a questões ligadas ao homem em sua configuração corpórea, orgânica e biológica. Parece que o que mais Kant temia está acontecendo: o homem, seu corpo e suas partes estão sendo utilizados como meios para um fim que pode não ser necessariamente a humanidade, mas talvez, numa visão um pouco apocalíptica, algo que está surgindo para além dela – se para se tornar humano, pressupõe-se que algo prévio tenha se formado, nada impede a tecnociência de índole fáustica afirmar que o ser humano é uma etapa para algo que está por vir, o além humano, o pós-humano.

⁴²⁸"*Qu'est que notre corps aujourd'hui? Après qu'il eut été autopsié, expérimenté, démantelé, il ne restait plus qu'à le transformer en fonds de commerce.*" (EDELMAN, **La personne...**, p.303).

⁴²⁹RABINOW, Cortando..., p.181.

Como afirma Rodotà, o corpo humano se apresenta como um objeto jurídico novo para o qual não basta mais recorrer às categorias jurídicas tradicionais, fundadas sobre a existência de processos naturais não modificáveis.⁴³⁰ O corpo perdeu sua unicidade, foi fragmentado pelas inovações tecnológicas e científicas e exige, por isso um novo estatuto jurídico para que possa se proteger do processo de mercantilização que a lógica do mercado e das patentes lhe impõem.

A preocupação do direito com o ser vivo, a partir de 1980, desperta-se justamente pela possibilidade cada vez mais evidente da apropriação do material biológico como força produtiva, como mercadoria de novo tipo. A partir do momento em que as biotecnologias passam a manipular o homem, seu ser, sua vida, o pavor se instala. Como bem expõe Edelman, "[...] a biologização da vida não irá destruir, aos poucos, a representação que temos de nós mesmos, de nosso 'ser social'?"⁴³¹ Trata-se da biologia superando a biografia, nos termos de Rodotà.⁴³² O homem está fazendo de si uma mercadoria. A lógica biológica reducionista que identifica o homem a um simples conjunto de células apenas mais complexo que os demais seres, unida à lógica do mercado, facilita a reificação do homem e a sua conseqüente mercantilização.

b) O homem como cobaia

Os avanços da biotecnologia reivindicam cada vez mais a experimentação em humanos. O que aparece no filme "O Jardineiro Fiel", no qual milhares de vidas na África são sacrificadas para testes necessários para a produção de remédios pela indústria farmacêutica não acontece apenas na ficção. Vidas nuas estão sendo

⁴³⁰RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.204.

⁴³¹"[...] la biologisation de la vie ne va-t-elle pas détruire, de proche en proche, la représentation que nous avons de nous-mêmes, de notre 'être social'?" (EDELMAN, *La personne...*, p.306).

⁴³²RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole*: tra diritto e non diritto. Milano: Giacomino Feltrinelli Editore, 2006.

utilizadas como matéria-prima de remédios para se salvar vidas qualificadas; é a zoé de alguns sendo utilizada para salvaguardar a *bíos* de outros.

Após as atrocidades cometidas durante o regime nazista, o mundo se atentou para a crueldade da utilização de vidas humanas em pesquisas médicas e várias legislações emergiram com o intuito de proteger a integridade do ser humano em face dos impulsos desumanos do desenvolvimento da ciência. O Código de Nuremberg (1947), por exemplo, determinou a essencialidade do consentimento voluntário dos pacientes: 1. "O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial". O Código de Helsinki, de 1964, também merece destaque (bem como todas as suas atualizações até os tempos atuais). Este documento, cujo objetivo é de aplicabilidade universal, colocou o consentimento como requisito fundamental para qualquer pesquisa ética. Exigiu-se que o indivíduo fosse informado sobre toda e qualquer prática a que fosse submetido, prática esta que só poderia se realizar com o consentimento de pessoa capaz, ou, se incapaz, de seu representante legal. A partir desses documentos, muitos outros de aplicabilidade tanto internacional como local priorizaram o consentimento em qualquer prática que envolvesse o ser humano.⁴³³

Em 1973, surgiu nos Estados Unidos a primeira Carta de Direitos dos Pacientes, promulgada pela Associação de Consumidores que entraram em contato com a Associação Americana de Hospitais para que os centros que pertenciam a ele a reconhecessem. Este documento foi um marco da nova forma de compreender a relação médico-paciente. Em 1978 é a vez do Informe de Belmont, no qual entrariam em questão os princípios da autonomia, justiça e beneficência. Os Códigos de Ética Médica também passaram a se preocupar com a nova perspectiva da relação médico-paciente, a qual aos poucos perdia seu caráter paternalista, ao passo que a autonomia do paciente ganhava peso.

⁴³³Mais um exemplo a merecer destaque: Resolução n.º 196/96 do Conselho Nacional de Saúde e Diretrizes Éticas Internacionais – CIOMS/OMS: Diretriz 1: Consentimento pós-informação dos participantes.

O projeto de Convenção sobre bioética, elaborado pela Comissão diretiva de bioética do Conselho Europeu (Convenção para proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano em face da aplicação da biologia e da medicina, de 1994), em seu artigo 11 proíbe a utilização do corpo humano e de suas partes como fonte de lucro.

Perecebe-se pela maioria destes documentos que visam à proteção do cidadão, que esta proteção é concedida, via de regra, por meio do consentimento informado. A relevância do consentimento, que traduz a autonomia da vontade, demonstra uma preocupação em colocar o interesse do sujeito acima do interesse dos avanços da ciência.

Mas em que medida o cumprimento deste requisito impede de pensar-se nos seres humanos utilizados em pesquisas como coisas? Até que ponto este critério da autonomia da vontade, categoria abstrata moderna, também tão cara à tradição moderna, libera o homem para a instrumentalidade, sem torná-lo instrumento?

Muito embora esses textos e as legislações com base na tradição ocidental afirmem a indisponibilidade do corpo (a afirmação deste como um modo de existência da pessoa humana que não pode ser tomada como coisa e tornado objeto de mercado), o que se vê na prática, muitas vezes, é a reificação do corpo. Como afirma José Antônio Peres Gediél, o consentimento informado está, muitas vezes, mais carregado de artificialidade do que de autonomia, quando diante de práticas que apresentam um interesse irrefutável de melhoria para o indivíduo, escapando, assim, a vontade jurídica da vontade comum.⁴³⁴

Situações em que os indivíduos se submetem aos experimentos pelo simples fato de estes simbolizarem a única esperança de sua cura, já compromete a "plena liberdade" de sua escolha.

⁴³⁴GEDIEL, José Antônio Peres. Biologia e discurso jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boitex, 2006. p.125.

Percebe-se a nítida insuficiência da tradição jurídica moderna, a partir da qual a autonomia da vontade não supre a proteção do homem e de seu corpo. A autonomia da vontade, inclusive, tomada por uma tendência liberal extrema, segundo a qual entende o corpo como algo do sujeito e que, portanto, este pode dele dispor como bem entender, pode conduzir a um caminho sem volta rumo à reificação, na medida em que pode estabelecer entre o sujeito e seu corpo uma relação de lucro.

A reivindicação de uma liberdade absoluta que prega a biotecnologia deve ser analisada com cautela, para não se traduzir na prática como "disposição de si mesmo". De que liberdade se fala quando se sabe que os saberes-poderes dos cientistas influenciam e determinam de forma tão incisiva subjetividades e desejos? A falsa onipotência que a tecnociência e seus saberes oferecem ao homem muitas vezes faz desta liberdade um elemento autodestrutivo. Ser gestor de si, muitas vezes implica poder dispor de si mesmo. Como expõe Edelman: "Tudo se passa como se a parcialização do corpo humano – que seria indispensável [...] para negociar [...] induzida pela medicina de experimentação, comandasse uma outra forma de liberdade: a disposição de si mesmo."⁴³⁵

Segundo Edelman, a ciência se torna o lugar simbólico de uma economia sacrificial; colocar o seu corpo à disposição de pesquisas que se propõem a salvaguardar as gerações futuras – "versão moderna e profana de caridade cristã, solidariedade biológica se realiza no seio do corpo místico-liberal da ciência".⁴³⁶

Como bem Agamben coloca, no horizonte biopolítico em que hoje se situa a humanidade, médico e cientista movem-se numa terra de ninguém em que antes só penetrava o soberano.⁴³⁷ Esses símbolos, de um saber cujo poder é tão significativo

⁴³⁵"*Tout se passe comme si la parcellarisation du corps humain – qui serait [...] indispensable pour négocier [...] induite par la médecine expérimentale, commandait une autre forme de liberté: la disposition de soi-même.*" (EDELMAN, **La personne...**, p.333).

⁴³⁶"*Version moderne et profane de la caritas chrétienne, la solidarité biologique se réalise au sein corps mystique-liberal de la science.*" (EDELMAN, **La personne...**, p.334).

⁴³⁷AGAMBEN, **Homo sacer...**, p.166.

na sociedade, assumem o lugar que definem os *homo sacier*, as vidas nuas que podem ser mortas – instrumentalizadas tanto para a pesquisa de novos medicamentos para a cura de outras vidas e eliminadas aquelas vidas que por falta de condições financeiras não têm acesso aos novos medicamentos.

CAPÍTULO 2

O CONTROLE DA VIDA: DO NASCER AO MORRER

2.1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA: O PERIGO DA SELEÇÃO ARTIFICIAL E DA MERCANTILIZAÇÃO DO HUMANO.

[...] se o desenvolvimento a longo prazo também conduzirá a uma reforma genética das características da espécie – se uma antropotecnologia futura avançará até um planejamento explícito de características, se o gênero humano poderá levar a cabo uma comutação do fatalismo do nascimento ao nascimento opcional e à seleção pré-natal – nestas perguntas, ainda que de maneira obscura incerta, começa a abrir-se à nossa frente o horizonte evolutivo.⁴³⁸

A questão da reprodução assistida⁴³⁹ traz à tona de maneira bastante nítida a crise e o estranhamento do direito em relação à vida, bem como a tendência

⁴³⁸SLOTTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano**: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000. p.62.

⁴³⁹Todas as práticas, técnicas e biológicas, que permitam a reprodução interferindo no processo natural, seja por meio de inseminação artificial, seja mediante a concepção *in vitro*, ou pela transferência embrionária, são considerados reprodução assistida. Portanto, sempre que há interferência médica, pode-se utilizar o termo reprodução assistida – ainda que seja apenas recomendando medicamentos, ou orientação sobre o período fértil. Dentre os métodos mais conhecidos estão: a *inseminação artificial* e a *fertilização in vitro*. A inseminação artificial corresponde à introdução do esperma na cavidade uterina ou canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo encontra-se maduro o suficiente para ser fecundado. Será *homóloga* quando o sêmen for do marido ou companheiro da paciente, e *heteróloga* quando de um doador desconhecido fértil. A fertilização *in vitro* consiste em retirar um ou vários óvulos da mulher, fecundá-los em laboratório, e após algumas horas ou dias, transferi-los ao útero ou à trompa de Falópio. A ovulação é induzida por hormônios de modo que vários óvulos se tornem aptos para serem coletados. A fertilização *in vitro* também pode ser homóloga (quando utilizar o sêmen do marido) ou heteróloga (quando utilizar o sêmen de um doador fértil). A estimulação hormonal possibilita que a mulher ovule mais que o normal, para garantir com mais precisão um resultado positivo. Vários óvulos são fecundados e, conseqüentemente, apenas os embriões bem sucedidos serão introduzidos no útero feminino, e destes alguns terão chances (de 10% a 30%) de se desenvolverem normalmente até a formação e o nascimento do bebê. A reprodução ainda não tem regulamentação jurídica no Brasil. Há um Projeto de Lei em trâmite no Senado Federal, PL 1184/2003 (com apêndice dos PLs 2855/1997 e 120/2003), aguardando aprovação. Mas muitos países ocidentais já apresentam legislações sobre a reprodução assistida, alguns mais liberais como a Espanha e a Inglaterra, voltadas mais à proteção da liberdade de escolha da mãe, outras mais protetivas, mas nenhuma adota uma linha proibicionista.

à manipulação da vida e o processo de normalização desta e do homem antes mesmo do seu nascimento. Trata-se de uma situação que consegue conciliar as inquietações principais do presente trabalho: a dificuldade do direito em captar a vida biológica, as insuficiências das categorias modernas para dar conta das questões que emanam destas técnicas de geração artificial da vida, e o biopoder, no caso, incorporado pelos saberes e técnicas das ciências da vida, na medida em que a reprodução assistida é uma destas técnicas de manipulação da vida, e, portanto, uma prática biopolítica que nasce com o intuito de criar a vida fora do corpo humano.

O nascimento, em 1978, de Louise Brown, o primeiro bebê de proveta, marcou o início de uma revolução, de um processo que desde então vem se aprimorando contra os limites humanos da infertilidade e em nome dos desejos de pais de realizar o sonho do projeto parental. Uma revolução científica que propicia cada vez mais a manipulação da origem da vida.

A comoção e a surpresa vivenciadas pelo mundo em 1978 hoje é substituída por uma reação de aceitação e normalidade. À medida que as técnicas foram se aperfeiçoando também foram se incorporando ao cotidiano das pessoas.

A oferta dos serviços ligados à reprodução assistida, em busca de lucro (por parte das empresas, clínicas, médicos, pesquisadores) aumenta proporcionalmente à demanda por tais serviços, impulsionado pelo desejo humano em busca da felicidade plena, na qual o projeto parental está incluído. A proliferação destas clínicas é evidente, e a presença de tantos profissionais nesta área acaba gerando uma concorrência, que estimula o uso de uma publicidade cada vez mais agressiva. A reprodução assistida pode ser, assim, retratada como uma das milhares práticas de consumo que se disseminam nas sociedades capitalistas e tecnocientíficas.

Estratégias de marketing são utilizadas para atrair os consumidores em busca da realização do projeto parental. Estas estratégias são visíveis principalmente nos Estados Unidos, como exemplifica este texto publicado em 1989, no jornal *Boston Globe*:

Antes de você abrir mão do sonho, fale conosco (...) Não há outro perfume como este, o cheiro de um recém nascido: um leite, suave aroma, essência aconchegante. Sua pele, um novo tipo de veludo. Dedos mais enrugados que uma couve [...]. Macio, suave, totalmente confiável [...]⁴⁴⁰

Como constata Bruno Lewicki, o que causa mais perplexidade é a absoluta "coisificação" da criança, uma vez que este anúncio poderia ser de qualquer outro bem de consumo material, como um carro, cujo "cheirinho de novo" está tão associado à realização pessoal na sociedade de consumo.⁴⁴¹

A coisificação e a mercantilização do ser humano nestas práticas verifica-se de uma maneira assombrosa e chocante, quando se tem conhecimento de sites que promovem leilões pela internet de óvulos de modelos para candidatos que sonham com filhos bonitos, como é o caso do site *Ron's Angels*. O criador do site tentou justificar o leilão dizendo que o desejo de ter filhos belos é inerente a todos os seres humanos – a beleza é uma vantagem evolutiva, ainda mais na sociedade, obcecada pela beleza, em que se vive hoje, na qual pessoas bonitas têm mais oportunidades e são mais valorizadas. Ele continua, afirmando que hoje se pode escolher ter um filho nos padrões de beleza que os pais consideram ideal, e cita o exemplo de um casal de asiáticos interessados em óvulos de uma loura com ascendência escandinava.⁴⁴²

Inúmeros casos de venda de esperma, óvulos e de clínicas que oferecem um material genético "bem selecionado" são divulgados cotidianamente pela imprensa.

⁴⁴⁰*Before you let go of the dream, talk to us [...] There's no other perfume like it, the smell of newborn: a milk, warm scent, cuddle essence. Her skin, a new kind of velvet. Toes more wrinkled than cabbage [...]. Tender, soft, totally trusting [...]* (LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOSA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001. p.104/105).

⁴⁴¹LEWICKI, op. cit., p.106.

⁴⁴²O GLOBO, 26 de outubro de 1999, p.27.

Em entrevista concedida à revista *Domingo*, do *Jornal do Brasil*, o dr. Roger Abdelmassih quando indagado se existe algum tipo de seleção de óvulos relatou:

A seleção é feita entre óvulos doados por nossas pacientes. Por ano, são feitos aqui na clínica 600 ciclos de fertilizações, ou seja, 600 mulheres recebem embriões. A média é de 50 por mês. Nesse universo de pacientes metade é de mulheres com menos de 30 anos [...] A seleção é feita a partir deste universo [...] Tenho de achar mulheres de fenótipo bonito.⁴⁴³

Quando lhe foi perguntado se os óvulos das mulheres feias não são escolhidos, ele responde:

Não é assim. Tenho que olhar as características de quem vai receber. Não sou nenhum juiz de beleza, mas há mulheres extraordinariamente feias que têm o direito a viver e reproduzir. Mas não vou pedir para serem doadoras.⁴⁴⁴

O individualismo moderno se mostra, muitas vezes, exacerbado. As pessoas que recorrem às técnicas de reprodução assistida querem realizar o desejo de deixar o seu vestígio biológico, o desejo da mulher experimentar a maternidade, o desejo de ter o SEU próprio filho, com as suas características biológicas, ou algumas vezes com características que acreditem ser mais "nobres" e valorizadas na sociedade (como foi o caso dos asiáticos que optaram por ter um filho louro de ascendência escandinava, citado acima). Mas estes desejos podem ser traduzidos em direitos? São liberdades, direitos subjetivos?

Verifica-se hoje, com a evolução das técnicas de reprodução assistida unida à engenharia genética, que a escolha das características dos filhos deixa de ser uma ficção para se tornar uma realidade. A escolha, pelos pais das características dos seus filhos está se tornando uma prática possível, uma vez que a reprodução assistida possibilita a seleção do material genético, a triagem quanto aos embriões mais saudáveis. Ainda, a evolução da engenharia genética caminha cada vez mais

⁴⁴³NEVES, F. O rei da paternidade: entrevista com Roger Abdelmassih. **Jornal do Brasil**, 30 Jun. 1996, p.3-5.

⁴⁴⁴NEVES, op. cit., p.3-5.

no sentido de tornar mais possível verificar as deficiências e predisposições a partir de um diagnóstico pré-implantatório.⁴⁴⁵

Jurgen Habermas⁴⁴⁶ alerta o perigo da evolução da engenharia genética na prática do diagnóstico pré-implantatório. A possibilidade de moldar o patrimônio genético das gerações futuras pode acarretar o surgimento de uma relação interpessoal até então inexistente:

⁴⁴⁵"Essa técnica foi introduzida na década de 1990 como uma alternativa ao diagnóstico pré-natal (análise de células fetais, realizada no líquido amniótico ou vilosidade coriônica após a 8.^a semana de gestação), na tentativa de evitar a interrupção da gestação de mulheres com alto risco de terem sua prole afetada por doenças genéticas ligadas ao cromossomo X. Nesta época, embriões obtidos in vitro eram testados com técnicas moleculares para verificar a presença ou ausência do cromossomo Y, e somente embriões femininos eram transferidos ao útero materno. Desde então, os métodos de análises moleculares e citogenéticas em uma única célula evoluíram consideravelmente, aumentando também o número de doenças possíveis de serem diagnosticadas antes da implantação do embrião. A predição é o traço marcante da aplicação desta técnica, com o traço distintivo de ser voltada a um ser futuro. Portanto, o PGD consiste numa forma precoce de diagnóstico pré-natal, em que embriões obtidos in vitro são testados para a presença de algumas doenças genéticas, o que permite a seleção de embriões "saudáveis" antes da implantação. Tecnicamente, consiste em três etapas: 1) A mulher recebe drogas estimuladoras da ovulação e seus óvulos são coletados. 2) Ocorre uma fertilização in vitro (FIV), ou seja, os óvulos são colocados em uma placa de Petri e fecundados com espermatozoides do doador. 3) Cerca de três dias após a FIV, os embriões se encontram em um estágio de oito células. Uma ou duas células são removidas e analisadas quanto à presença de mutações gênicas (quando a sequência do DNA é alterada) ou cromossômicas (quando há alteração da estrutura ou do número de cromossomos). Posteriormente, dois a três embriões que não tenham mutações, são implantados no útero e os restantes são descartados. Dentre as doenças mais comumente diagnosticadas em testes pré-implantatórios estão aquelas causadas por mutações cromossômicas, como as Síndromes de Down, X-Frágil, Klinefelter, etc.; doenças monogênicas (causadas por mutação em um único gene), como Fibrose cística, Huntington, talassemias beta; doenças ligadas ao cromossomo X, como Distrofia muscular de Duchenne e hemofilias, dentre outras. Este ainda é um procedimento raro devido às dificuldades técnicas, alto custo, taxas relativamente baixas de gravidez e ausência de regulamentação legal em muitos países. O diagnóstico pré-implantatório, ou seja, feito antes de o embrião ser inserido no útero materno, torna possível que seja feito um exame genético de precaução, para evitar riscos de transmissão de doenças hereditárias. Assim, constatada alguma doença genética, o embrião não será implantado." (Comunicação pessoal – Professora Doutora Enilze M.S.F. Ribeiro, Departamento de Genética, UFPR).

⁴⁴⁶Cabe aqui ressaltar que o presente trabalho articula com uma linha filosófica distinta da de Jurgen Habermas ao utilizar a perspectiva teórica foucaultiana e sua análise de poder e da constituição da subjetividade. Todavia, especificamente nesta obra "O futuro da condição humana: a caminho de uma eugenia liberal?", muitas de suas preocupações comunicam-se com a deste trabalho. Assim, tendo em vista as necessárias ressalvas e coerência quanto à orientação teórica, esta obra foi utilizada nos principais pontos em que convergem com as inquietações desta dissertação.

Na medida em que um indivíduo toma no lugar de outro uma decisão irreversível, interferindo profundamente na constituição orgânica do segundo, a simetria da responsabilidade, em princípio existente entre pessoas livres e iguais, torna-se limitada. Perante nosso destino determinado pela socialização, preservamos fundamentalmente uma liberdade diferente da que teríamos com a produção pré-natal do nosso genoma.⁴⁴⁷

E, para além da preocupação no campo individual da relação interpessoal, a fim de evitar uma política seletiva e a difusão de uma normalidade genética (efeitos eugênicos de um biopoder que busca o controle e a padronização de modelos de normalidade), deve-se ter em vista os direitos da geração futura de sua diversidade genética. Trata-se de proteger a integridade da espécie humana, salvaguardando seu patrimônio genético de intervenções voltadas à sua transformação artificial. A partir do momento em que o homem pode tornar o acaso uma escolha, abrem-se questões antes inimagináveis sobre o futuro da sua espécie. O homem, portanto, começa a estabelecer com esta uma relação diversa, redefinindo-a não mais em termos humanísticos, ou antropológicos, mas antropotécnicos e biotecnológicos. "A mesma espécie se torna objeto – e o sujeito – de uma biopolítica potencialmente diferente daquela que conhecemos porque relativa não só à vida humana, mas também, ao seu fora, seu outro, seu depois."⁴⁴⁸

Ainda, Habermas alerta para o perigo de uma eugenia liberal. A legitimidade e admissibilidade do diagnóstico pré-implantatório justifica-se apenas na medida em que é utilizado para casos bem definidos de doenças hereditárias graves⁴⁴⁹, que não

⁴⁴⁷HABERMAS, Jürgen. **O futuro da condição humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.20.

⁴⁴⁸"[...] *la stessa specie diventa 'oggetto – e il soggetto – di una biopolitica potenzialmente differente da quella che conosciamo perché relativa non solo alla vita umana, ma anche al suo fuori, al suo altro, al suo dopo.*" (ESPOSITO, op. cit., p.114).

⁴⁴⁹Existem normas e documentos que proíbem a escolha do sexo e da cor dos olhos, por exemplo, como a Recomendação 1046 de 1986, referente à Convenção europeia. Mas na Alemanha, existe uma lei, *Embryonenschutzgesetz*, de 1990, em que o artigo 5 abre uma exceção a esta proibição permitindo a escolha do sexo quando se verifica a possibilidade de uma doença hereditária grave ligada ao sexo, reconhecida por autoridade competente designada pela lei *Lander*. (RODOTÀ, **Tecnologie...**, p.133).

poderiam ser suportadas pela própria pessoa potencialmente em questão. Habermas prossegue afirmando a necessidade de se diferenciar esta eugenia negativa, terapêutica (que parece justificada), de uma eugenia positiva, ligada à manipulação do material genético para o melhoramento e aperfeiçoamento da espécie.

Mas, como o próprio autor afirma, o limite entre ambas é flutuante, as fronteiras são pouco definidas e é difícil reconhecer um limite entre uma intervenção terapêutica e de aperfeiçoamento:⁴⁵⁰ "[...] é difícil delimitar a fronteira entre a seleção de fatores hereditários indesejáveis e a otimização de fatores desejáveis."⁴⁵¹ Ainda, uma outra questão se levanta: como definir qual vida é digna ou não de se viver? É compatível com a dignidade humana ser gerado mediante ressalva e, somente após um exame genético, ser considerado digno de uma existência e de um desenvolvimento? Quais os padrões de normalidade podem ser traçados? O que deixa de ser uma preocupação terapêutica para tornar-se uma prática eugênica, de seleção artificial das melhores características?⁴⁵²

Nesse sentido, Jaques Testart apresenta uma interessante colocação:

O filho que é desejado é antes de tudo o filho normal; ou seja, aquele que não apresenta nenhuma deficiência. Poderíamos ser levados a pensar que a deficiência é fácil de definir, mas não sabemos por onde começar: essa criança ligeiramente míope é deficiente ou trata-se somente de uma criança que não enxerga bem? Não podemos tampouco direcionar a deficiência: este homem de 2,15 metros é menos deficiente que este outro que mede

⁴⁵⁰O perigo que Habermas coloca não é fantasia, mas está se tornando cada vez mais real. Por isso mesmo algumas precauções procuram limitar esta tendência eugênica. A Recomendação 1046 de 1986, protegendo o direito de não ter seu material genético manipulado, proíbe a intervenção para escolha do sexo mediante manipulação genética.

⁴⁵¹HABERMAS, op. cit., p.29.

⁴⁵²A Carta de direitos fundamentais da União Européia prevê em seu artigo 3.2 a proibição de práticas eugênicas, em especial aquelas ligadas à finalidade de seleção de pessoas.

1,50? [...] há quem proponha, para evitar os abusos eugênicos [...] definir precisamente o que é considerado anormalidade, sob as diferentes formas que a tornaram intolerável. Este julgamento, que deveria ser consensual, faria com que se excluíssem da humanidade os indivíduos assim designados, diabolizados, e dos quais existiriam sempre, apesar de tudo, alguns representantes.⁴⁵³

Há uma dose biopolítica muito forte no caso do diagnóstico pré-implantatório. A sua possibilidade hoje parece coadunar com a análise biopolítica que Foucault fez quando descreveu a constituição do capital humano pelos elementos inatos. O autor afirma que, embora não se pague pelo corpo e pelo código genético que se tem, esta situação poderia se tornar real. Com as possibilidades alcançadas pela genética isto já deixou de ser fantasia, como afirmou Foucault estar fazendo quando divagava sobre esta possibilidade, e está entrando no campo real. Por meio dele (DPI) reconhecem-se os embriões (futuros indivíduos) portadores de doenças, ou nas palavras de Foucault, "indivíduos de risco", detentores de um patrimônio genético "ruim", o qual não é vantagem propagar nas gerações futuras, já que estas podem cada vez mais se aperfeiçoar. Os padrões de normalidade já começam a ser impostos, numa sociedade de controle, onde impera o biopoder, desde antes do nascimento.

Quando se selecionam os embriões aptos separando aqueles "não dignos de viver" está se fazendo uma seleção artificial. A nudez da vida se expõe ao cientista, que, como soberano, faz viver a vida mais qualificada e deixa morrer a menos qualificada. Antes mesmo de nascer, o indivíduo já tem sua zoé manipulada, sua exclusão não se dá mais apenas da esfera da comunidade política, mas da espécie humana e da própria continuidade como zoé. A *bíos*, nesta situação, é definida pelo cientista e não mais pelo soberano estatal. O verdadeiro soberano da vida na era da tecnociência fáustica é o detentor do saber das ciências da vida: médico, biólogo, geneticista. Se antes a politização da zoé causou a inscrição da vida na lógica do

⁴⁵³TESTART, Jaques. **A fertilização artificial**. São Paulo: Ática, 1999. p.82-93.

poder soberano, incluindo-a pela exclusão, hoje é a sua biologização que a exclui não mais do bando, mas da possibilidade de vir a ser.

Como expõe Habermas, a manipulação genética pode alterar a autocompreensão do homem como seres da espécie, a própria identidade da espécie humana, portanto. Em suas palavras:

[...] a neutralização biotécnica da distinção habitual entre o que cresceu naturalmente e o que foi fabricado, entre o subjetivo e o objetivo, muda a autocompreensão ética da espécie que tínhamos até agora e afeta a autocompreensão de uma pessoa geneticamente programada. Não podemos excluir o fato de que o conhecimento de uma programação eugênica do próprio patrimônio hereditário limita a configuração autônoma da vida do indivíduo e mina as relações fundamentalmente simétricas entre pessoas livres e iguais.⁴⁵⁴

Bruno Lewcki defende que se esse tipo de conduta (ou seja, uma eugenia positiva, nos termos de Habermas) for legitimado e naturalizado pela população, será difícil convencer uma menina de que se vive numa sociedade em que reina a igualdade entre os gêneros, na medida em que a maioria das pessoas tenderia em escolher um sexo em detrimento do outro.

O conflito entre a loteria genética do processo natural e a interferência do material genético deve ser analisado sem maniqueísmos e ser discutido com seriedade. Por um lado, a manutenção do acaso não pode se traduzir na manutenção de um dano grave demais para a pessoa carregar para o resto de sua vida, dano que com uma intervenção poderia ser evitado, respeitando-se assim a plenitude da vida; por outro lado, a interferência pode acarretar um processo de criação de uma "normalidade genética", criando novos campos de exclusão e estigmatização social.⁴⁵⁵ A desigualdade da loteria genética da natureza ocorre pela força do destino e não é predeterminada pela vontade de alguém. Além disso, o acesso a este tipo de técnica é restrito a uma

⁴⁵⁴HABERMAS, op. cit., p.33.

⁴⁵⁵O artigo 21 da Carta de direitos fundamentais da União Europeia proíbe qualquer discriminação fundada sobre características genéticas. Ainda sobre consulta genética apropriada tem-se o artigo 12 da Convenção de biomedicina.

camada pequena da população que pode arcar com os custos de tamanho investimento, o que coloca em risco a formação de uma sociedade ainda mais desigual, formada não mais apenas por camadas divididas pelo poder aquisitivo, mas verdadeiras "castas genéticas."⁴⁵⁶ Decidir em quais situações deve prevalecer o processo natural e em quais é legítima uma intervenção é uma questão fundamental em que direito e vida se imbricam intensamente e que cabe ao direito tomar uma postura que respeite a diversidade, a liberdade de escolha individual e evite qualquer tipo de discriminação e estigmatização social e proibicionismos radicais.⁴⁵⁷ Rodotà aponta três instruções importantes para que uma decisão desta natureza se faça da maneira mais consciente e equilibrada possível: ter uma adequada informação, adquirida a partir de uma específica consulta genética; a existência de um quadro normativo que exclua qualquer hipótese de discriminação em relação aos portadores de uma determinada condição e a

⁴⁵⁶"Qui l'intreccio tra legittimità degli interventi e opportunità per la tutela della salute si fa particolarmente complesso, per l'incidenza di tali tecnologie su funzioni e strutture del corpo, nelle quali possono radicarsi nuove, profonde disegualianze per chi si trova escluso, soprattutto per ragioni economiche, dalle possibilità di accesso. La disegualianza, in questi casi, nasce dalla distanza tra i corpi, differenziati nella loro materialità." Tradução livre de: "Aqui a interseção entre legitimidade da intervenção e oportunidade para a proteção da saúde se faz particularmente complexa em função da incidência de tais tecnologias sobre funções e estruturas do corpo, nas quais podem radicar-se novas, profundas desigualdades por aqueles que encontram-se excluídos, sobretudo por razões econômicas, de possibilidade de acesso. A desigualdade, nestes casos, nasce da distância entre os corpos, diferenciados em sua materialidade." (RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole...** p. 174).

⁴⁵⁷Como afirma Rodotà, essa questão "[...] não pode ser resolvida nem refugiando-se em um proibicionismo declaratório, nem cedendo à lógica de quem se limita a afirmar que a força dos fatores conduzirá irresistivelmente à programação genética generalizada [...]. A análise deste tipo de problema exige que não se ceda a alguma forma de reducionismo genético, e se reflita mais sobre as modalidades através das quais se realize o livre desenvolvimento da personalidade, reconhecido como direito constitucional fundamental." Tradução livre de: "[...] non può essere risolto né rifugiandosi in un proibizionismo declamatorio, né cedendo alla logica di chi si limita ad affermare che la forza dei fattori porterà irresistibilmente alla programmazione genetica generalizzata [...]. L'analisi di questo tipo di problema esige che non si ceda ad alcuna forma di riduzionismo genético, e si rifletta piuttosto sulle modalità attraverso le quali si realizza il libero sviluppo della personalità, riconosciuto come diritto costituzionale fondamentale." (RODOTÀ, **La vita...**, p.152).

existência de serviços sociais que permitam suportar os custos humanos e econômicos decorrentes de tal condição física ou psíquica.⁴⁵⁸

Além do problema da normalização, da eugenia, da infração ao direito da diferença, existe a questão da responsabilidade diante das informações que os médicos podem dar aos genitores em relação aos filhos e que os genitores devem a estes transmitir. A questão que se coloca aqui é o direito de saber *versus* o direito de não saber.⁴⁵⁹ Quando se faz necessário compartilhar as informações? Se mesmo diante de diagnósticos que constatem patologias os pais optam por ter a criança, pode o filho no futuro reivindicar de seus pais o direito de não ter nascido, de não ter sido concebido? Os pais têm responsabilidade em relação aos eventuais danos sofridos pelo filho? Qual a responsabilidade do médico neste caso e em situações em que deixa de dar uma informação mais precisa aos genitores, a partir da qual se poderia recorrer a uma intervenção apta a evitar o dano? O que fazer com o excesso de informação, com o excesso de biopoder? Quem deve suportar o ônus de saber e poder demais? Quando se é chamado a responder na mesma proporção que se sabe e que se pode, a dificuldade de estabelecer limites e parâmetros torna-se evidente e necessária. Como bem afirma Hans Jonas, "As exigências da responsabilidade crescem proporcionalmente aos atos de poder."⁴⁶⁰

Rodotà apresenta alguns parâmetros mínimos: alguns dados são confidenciais; a coleta dos dados é legítima só no caso de consentimento do interessado; a pessoa tem o direito de não conhecer as informações genéticas que lhe dizem respeito,

⁴⁵⁸RODOTÀ, *La vita...*, p.173.

⁴⁵⁹O artigo 8 da Carta de direitos fundamentais da União Européia especifica o "direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar a modalidade de construção da própria esfera privada". O artigo 10.2 da Convenção européia sobre biomedicina afirma: "Todos têm direito de conhecer todas as informações sobre sua saúde. Todavia deve ser respeitada a vontade da pessoa de não ser informada."

⁴⁶⁰"*Las exigencias a la responsabilidad crecen proporcionalmente a los actos del poder.*" (JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética**: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997. p.35).

ainda que tenha consentido sua coleta. Ele acrescenta que às informações que têm uma importância clínica, ou seja, que se informadas possibilitam o tratamento pela pessoa, garantindo a ela condições de tutelar sua saúde, recomenda-se a sua comunicação, o que não se aplica àquelas informações que não possibilitam agir em busca da cura, uma vez que o conhecimento pelo interessado só será fonte de dor e ansiedade. O cuidado que se deve ter, é evitar que o conhecimento das informações genéticas se transforme num condicionamento do futuro da pessoa.⁴⁶¹ O que está em jogo e deve ser levado em conta é a liberdade existencial da pessoa, o livre desenvolvimento de sua personalidade, que não pode estar vinculado a um determinismo biológico. É tendo em vista esta finalidade que se deve buscar um equilíbrio, a partir do caso concreto, em relação ao impasse entre a integral comunicação, que pode significar um obstáculo ao livre desenvolvimento da sua personalidade e o direito de saber que garante ao sujeito o conhecimento de tudo o que se refere à sua saúde, possibilitando, assim, sua tutela.

Tendo em vista todas essas inquietações, não se pode traduzir o desejo em um direito, em um direito subjetivo dos pais, dotados de liberdade de escolha, de escolherem e selecionarem as características de seus filhos. O direito de procriar não implica manipular o material genético do filho. Como bem expõe Rodotà, quando se está situado no campo da liberdade de escolha – no caso, da mãe escolher ter um filho, como e quando – deve-se estar alerta dos limites dessa escolha, quando esta acaba se estendendo para determinação da "qualidade" do filho.⁴⁶²

O direito subjetivo passa a ser um direito sem contornos, instrumentalizado como um meio para a realização do MEU desejo. O direito subjetivo volta-se contra o próprio homem, pois a tecnociência está concedendo ao homem a possibilidade de ser sujeito absoluto – sujeito narcísico, pleno de si.

⁴⁶¹RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.217-218.

⁴⁶²RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.133.

Edelman chama esta tendência à falta de contornos de "a loucura dos direitos subjetivos". Em suas palavras:

[...] o sujeito de direito seria a representação jurídica do homem ocidental, laico e humanista, procurando avidamente pela sua felicidade no progresso científico e técnico, rebelde à toda 'moralidade', representante de uma liberdade 'prometeica' e conduzindo a ordem jurídica para uma aventura improvável. Se este fosse o caso, a 'loucura' do direito subjetivo, mereceria certamente ser limitada, organizada e não ser abandonada a ela mesma.⁴⁶³

O sujeito vive hoje uma situação paradoxal, em virtude do excesso do biopoder viabilizado pelas técnicas da biotecnologia e da tecnociência. Tem-se hoje um projeto de construção de um sujeito absoluto e "perfeito" em face da realidade da desconstrução do sujeito, na medida em que o mercado e a tecnociência fáustica têm tornado o sujeito em objeto, objetivando suas futuras expectativas e desejos de ganho, felicidade e qualidade de vida.

Percebe-se que a desumanização e a nudez da vida não ocorrem apenas pela seleção via descarte, como nos campos de concentração, em que as vidas nuas dos internos eram desconstituídas de toda personalidade e humanidade para depois serem eliminadas como insetos, mas também pela seleção artificial dos mais aptos, tendentes a formar uma nova linhagem pós-humana. A eugenia está presente em ambos os casos – tanto a vida nua do judeu quanto a do embrião "inapto" são tornadas descartáveis.

Como bem coloca Laymert Garcia dos Santos, as concepções tradicionais de vida, morte, procriação, filiação, parentesco, elementos que constituem o homem

⁴⁶³"[...] le sujet de droit serait bien la représentation juridique de l'homme occidental, laïque et humaniste, recherchant avidement son bonheur dans le progrès scientifique et technique, rebelle à toute 'moralité', représentant d'une liberté prométhéenne, et entraînant l'ordre juridique dans une aventure improbable. Si tel était bien le cas, la 'folie' du droit subjectif mériterait, à coup sûr, d'être limitée, organisée et non point d'être abandonnée à elle-même" (EDELMAN, **La personne...**, p.13).

que se conhece, estão sendo implodidas gerando controvérsia em torno do momento em que o material humano se transforma em pessoa.⁴⁶⁴

2.2 CONCEPÇÕES DE EMBRIÃO HUMANO E A INSUFICIÊNCIA DA MOLDURA TRADICIONAL

Essas questões colocadas por Laymert Garcia dos Santos refletem bem quando se indaga o estatuto dos embriões. O embaraço se dá ao tentar-se determinar quando aquele "amontoado de células" traduz uma vida, e, portanto, deve merecer proteção e, dessa forma, proibir que seja simplesmente eliminado, ou utilizado para pesquisa. As tentativas para proteger o embrião contra a coisificação permanecem hoje ainda mais polêmicas e complexas na medida em que se tenta encaixá-lo dentro das categorias abstratas e nomenclaturas jurídicas modernas. Poder-se-ia classificá-lo como pessoa natural e, assim, detentor de personalidade jurídica? Seria o embrião um nascituro, ou ainda, prole eventual? Parece que o direito moderno quer encaixar a vida necessariamente num sujeito de direitos, e quando isso não é possível direito e vida se estranham, como ocorre no caso dos embriões.

Antes de adentrar na questão específica dos embriões, é interessante retomar esses conceitos clássicos do direito civil para perceber-se a dificuldade de adaptá-los à nova realidade dos embriões decorrentes das técnicas de reprodução assistida: **Pessoa natural** – todo homem, concebido como sujeito de direitos e, portanto, dotado de personalidade jurídica; aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. É a roupagem jurídica que o direito moderno concedeu ao ser humano para inseri-lo na ordem jurídica e permitir que ele transite em sua órbita, assumindo papéis abstratos como proprietário, locador, fiador... Todo ser humano é considerado pelo direito como sujeito de direitos, ou seja, detentor de personalidade jurídica. O direito, no entanto, fixa um termo a partir do qual o ser humano é caracterizado

⁴⁶⁴SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.239.

como pessoa, dotado das condições necessárias para receber tal qualidade do ordenamento jurídico.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 2.º, estabelece: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

A personalidade civil, portanto, inicia-se com o **nascimento com vida**. Todavia a segunda parte do artigo assegura proteção ao ente que se desenvolve dentro do útero, ente este que se denomina nascituro.

Percebe-se, então, uma ambigüidade nesse artigo. Se antes do nascimento com vida não há personalidade, pressupõe-se que não há direitos a proteger, tendo em vista que a lógica do ordenamento é a proteção da pessoa. Todavia garante-se a proteção dos direitos do nascituro, mesmo não sendo dotado de personalidade. Qual seria então a natureza jurídica do **nascituro**?

Três correntes buscam defini-lo: a teoria natalista, segundo a qual o nascituro não é pessoa, mas mesmo assim recebe proteção legal. Sua personalidade está subordinada ao evento "nascer com vida", portanto subordinada a uma condição suspensiva. A aquisição de direitos se efetiva quando ocorre o nascimento com vida; a teoria da personalidade condicional, a partir da qual a personalidade é adquirida desde o momento da concepção, com a condição de nascer com vida. Assim verificado o nascimento com vida, a pessoa é como tal considerada desde o momento da concepção. A aquisição de direitos dá-se sob a forma de condição resolutiva; e, a teoria concepcionista, que considera o nascituro com personalidade desde o momento da concepção.

A **prole eventual** corresponde à filiação futura, por exemplo, quando um testador doa uma parte de seu patrimônio à filiação futura tendo em vista o casamento a realizar. Constitui todo ente humano que pode vir a ser concebido, é o ente humano futuro.

Até apresentar-se a questão da reprodução assistida o direito civil dispunha de tais categorias, que, embora algumas vezes ambíguas, mostravam-se compatíveis

com a realidade, para viabilizar a proteção jurídica da humanidade. Mas a concepção extra-uterina dos seres humanos abalou estes pilares construídos pela modernidade.

O embrião produzido pela técnica da fertilização *in vitro*, por exemplo, não se encaixa com o conceito de nascituro, na medida em que nascituro corresponde ao ente que está dentro do ventre materno, em vias de nascer. Também não pode ser considerado como prole eventual, uma vez que de fato existe, concepção já houve, não está para existir no futuro. Eles estão vivos e são dotados de elementos genéticos próprios, que marcam, portanto, sua individualidade.

Apesar de não serem dotados de subjetividade, também não são "coisas", e portanto, não se deve permitir a sua instrumentalização. Não são também pessoas, pois, de acordo com nosso código, a personalidade é reconhecida apenas após o nascimento com vida.

Definitivamente não há um consenso. Jussara Meirelles afirma que, ainda que não se possa enquadrar o embrião em nenhuma destas categorias tradicionais do direito, é inegável a natureza humana dos embriões e, portanto, torna-se indispensável uma proteção jurídica específica, já que não se pode viabilizar uma proteção jurídica com os instrumentais hoje presentes em nosso ordenamento.⁴⁶⁵

Jussara Meirelles, então, apresenta uma tese para tentar legitimar a proteção dos embriões, ainda que estes não sejam reconhecidos como sujeitos de direitos, ou seja, dotados de personalidade jurídica. Trata-se da tese da "similitude originária de todas as pessoas humanas nascidas". Visa-se focar a semelhança entre o embrião e a pessoa humana nascida, na medida em que todas os seres humanos já foram em etapas iniciais de seu desenvolvimento embriões. Nas palavras de Jussara Meirelles: "Sob tal perspectiva, torna-se possível entender o embrião *in vitro*, tal

⁴⁶⁵MEIRELLES, Jussara. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

como os seres humanos nascidos, por meio de uma noção pré-normativa: sua existência individual e, conseqüentemente, sua dignidade."⁴⁶⁶

Nesse sentido, afirma-se a proteção pelo ordenamento jurídico de todos os seres humanos, em qualquer fase do seu desenvolvimento, fugindo-se do excessivo formalismo e abstração das categorias criadas pelo positivismo jurídico: "O juízo de existência e de valor do ser humano e de sua necessária proteção não se limita ao estatuto jurídico da pessoa".⁴⁶⁷

Mas, como mesmo demonstra Jussara Meirelles, "esta similitude é demonstrada em maior ou em menor grau conforme o posicionamento doutrinário assumido relativamente aos embriões *in vitro*".⁴⁶⁸ A valoração dos embriões comparativamente às pessoas nascidas divide três posicionamentos.

Duas delas são extremamente radicais, e a terceira delas tenta achar um meio termo entre as anteriores. Porém, ao mesmo tempo em que apresentam suas fundamentações e razões, irão apresentar importantes perguntas não respondidas e questões sem solução.

A primeira delas é a *Teoria concepcionista*,⁴⁶⁹ segundo a qual a vida começa logo na concepção e, portanto, o embrião é concebido, desde o primeiro momento, como uma pessoa humana, sendo esta entendida não no sentido técnico-normativo referente à categoria jurídica "pessoa", mas no sentido de indivíduo humano e substancial. Dessa forma, o embrião desde logo goza de proteção jurídica, uma vez que já se reconhece a ele o caráter de pessoa desde o momento da fecundação.

Contra essa concepção, levantam-se inúmeras críticas como: o fato de as primeiras células embrionárias possuírem um patrimônio genético humano é suficiente

⁴⁶⁶MEIRELLES, op. cit., p.85.

⁴⁶⁷MEIRELLES, op. cit., p.87.

⁴⁶⁸MEIRELLES, op. cit., p.89.

⁴⁶⁹MEIRELLES, op. cit., p.91.

para concluir que elas já constituem uma pessoa no sentido mais amplo do termo? Os interesses do embrião devem ser priorizados em detrimento dos da mãe e da família? Mas, tais críticas não parecem circulares, ou seja, não parecem circular dentro dos pilares modernos? Parece que sim, e, portanto, de fato, não podem delimitar o cerne do problema para tentar encontrar uma saída verdadeira. A impressão é de que as críticas estão sendo feitas desde uma perspectiva equivocada.

A segunda delas é a *Teoria desenvolvimentista*,⁴⁷⁰ mais defendida pelos cientistas. Segundo esta teoria, o embrião humano, ao menos nos primeiros tempos de sua existência, não pode ser reconhecido como pessoa humana, na medida em que ali não há vida. Eles visualizam um antes e um depois na existência dos embriões para a aquisição da dignidade humana. Não há um consenso para a determinação deste momento, ou seja, em que o embrião pode ser considerado pessoa humana (vida) e não apenas um amontoado de células. Cientistas e juristas estabelecem variadas fases do embrião para marcar o que se considera realmente o começo da vida humana. Qual seria o momento do surgimento da vida? O momento em que o embrião se implanta nas paredes do útero (por volta do 7.º dia)? O momento em que o feto é capaz de se desenvolver independente da mãe, cerca de 20 semanas de gravidez? Seria o momento da formação do sistema nervoso, ou seja, a partir do 14.º dia? Seria o estágio de desenvolvimento de oito células? Seria após a nidação, ou seja, após o implante no útero materno?

Percebe-se que, como a teoria anterior, o impasse não se resolve, pois, se é a partir de um momento que o embrião é considerado pessoa e é expressão de uma vida, que momento é este? Segundo quais critérios se pode determinar e quem determinará?

A terceira teoria reconhece verdades das duas correntes anteriores, porém entende que ambas são insuficientes, já que apresentam tantos pontos controvertidos. Esta corrente visualiza no embrião um estado que lhe é próprio, sendo dotado,

⁴⁷⁰MEIRELLES, op. cit., p.112-116.

desde o momento de sua existência, de autonomia, que não é humana, nem biológica, mas uma "autonomia embrionária".⁴⁷¹

O embrião, então é uma categoria – não é pessoa, não pode ser considerado totalmente como seres humanos, pois não detém personalidade, nem um mero amontoado de células, uma vez que seu desenvolvimento se destina à formação de uma pessoa. Seria mais um "ser humano em potencial", com potencialidade humana, uma vez que se admite que as características da pessoa humana já estão presentes no embrião em estado de latência.⁴⁷²

O que chama atenção, todavia, é a ambigüidade da expressão pessoa humana potencial, pois se está reconhecendo ao embrião uma natureza ambivalente: o embrião representa a modalidade daquilo que ainda não é, já sendo. Ainda: seria admissível ver no embrião mera potência quando nele se admite uma substância viva e individualizada, ainda que em fase particular de desenvolvimento? Se é apenas potência, ainda não é vida e assim recai-se novamente na teoria desenvolvimentista.

Percebe-se, então, que todas essas inquietações circulam sempre na órbita das categorias modernas e abstratas do direito moderno. A confusão entre o momento que se determina a vida e o momento que aquele ser torna-se pessoa é bastante presente. Parece que se o embrião é considerado vida (vida humana), na maioria das vezes, deve-se considerá-lo imediatamente sujeito de direito.

Jussara Meirelles parece fugir um pouco dessa lógica quando afirma que os embriões, independentemente de não serem pessoas, são seres humanos em um estágio de desenvolvimento e por isso merecem proteção. Mas, como bem se viu, em relação à determinação do momento em que aquele conjunto de células se torna um ser vivo (humano) não há consenso. Embora não tenha colocado fim à questão, sua tese apresenta um importante argumento: a proteção da vida do

⁴⁷¹MEIRELLES, op. cit., p.137.

⁴⁷²MEIRELLES, op. cit., p.138.

embrião pressupõe reconhecê-lo como ser humano – se são seres humanos merecem proteção e disso não há dúvida. Mas a questão é, e em relação a esta não há conclusão, quando eles podem ser considerados humanos? Esta resposta depende imediatamente de uma outra questão, talvez mais fundamental, que é, afinal, a de quando começa a vida. Esta é a grande questão da qual realmente depende a proteção dos embriões. Independentemente de enquadrá-lo ou não numa categoria jurídica, seja de pessoa, sujeito de direito, ou uma categoria específica, esta classificação depende de uma decisão anterior, a decisão quanto ao começo da vida. Como quanto a isso não há consenso, os embriões permanecem numa zona ambígua e estranha, são o conjunto de células "muçulmano"⁴⁷³, em relação ao qual não se sabe se está diante de uma vida, de um ser ou de um ente.⁴⁷⁴

Na natureza a junção de gametas dá origem a uma vida, mas quando esta junção é feita pelo homem, a consequência (a geração de uma vida) passa a depender

⁴⁷³Muçulmano era o termo utilizado nos campos de concentração para se referir àqueles prisioneiros que haviam desistido de viver e que haviam sido abandonados pelos companheiros. Eram verdadeiros mortos vivos, cadáveres ambulantes, com as funções físicas e psíquicas quase totalmente debilitadas, cuja vida persistia sem qualquer expressividade. O termo muçulmano justifica-se pelo fato de que de longe um grupo destes enfermos parecia árabes em oração. Por seu aspecto completamente degradante não despertavam pena em ninguém, eram ignorados, deixados de lado para que finalmente morressem de desnutrição. Os muçulmanos representavam o limbo entre a vida e a morte, entre o humano e o não humano, limbo que parece estar, hoje, o embrião (AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer III**: Lo que queda de Auschwitz, el archivo y el testigo. 2.ed. Trad. e notas de Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2005).

⁴⁷⁴As leis britânica (*Human fertilisation and embryology Act – 1990*) e espanhola (1988) permitem a criação, conservação e utilização de embriões para pesquisas com base no argumento de que antes de um determinado período (14.º dia) está-se diante não do embrião, mas do pré-embrião, que ainda não apresenta "vida". Seriam então seres pré-humanos? Pré-vidas? No Brasil, a Lei de Biosegurança (11.105/2005) em seu artigo 5º permite "para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento". O artigo exige que tais embriões sejam inviáveis, congelados há 3 (três) anos ou mais e que haja o consentimento dos genitores. A Procuradoria Geral da República ingressou no Supremo Tribunal Federal com uma Ação direta de inconstitucionalidade em relação a este artigo e seus parágrafos, argumentando que estes ferem o direito constitucional de proteção à vida e a dignidade da pessoa humana. A procuradoria argumenta que a vida humana começa na fecundação, sendo o embrião, portanto, vida humana. Como pode se ver, não há consenso. O debate é infundável e para possibilitar uma maior participação da sociedade brasileira haverá uma audiência pública ainda este ano para discussão desta questão.

de uma decisão. Uma decisão soberana que determinará se aquele amontoado de células é uma *zoé*, mera existência, banida da humanidade, ou uma *bíos*, que então merecerá proteção.

Faz-se necessária uma nova posição perante a vida e perante o homem. Fazer com que a proteção de ambos dependa do seu enquadramento na categoria abstrata do sujeito de direito, além de não ser eficaz, demonstra uma atitude ultrapassada. É necessário que seja colocado no lugar do sujeito de direito o homem em sua concretude, orgânica, social, cultural e biológica, e a inevitável questão que emerge desta atitude é exatamente de como, então, afirmar um direito que proteja o ser humano sem ser humanista (no sentido moderno do termo) e que salvguarde a vida, sem ser vitalista e biologizante. Tanto a vida quanto o ser humano estão sendo instrumentalizados, estão se tornando mercadorias em função da lógica nociva do biopoder. É este perigo a que se deve alertar. Não se pode deixar que a lógica da empresa se dissemine, que o *homo oeconomicus* substitua o *homo sapiens*, que viver se resuma a consumir e direito se traduza em desejo.

2.3 EUTANÁSIA E DIREITO (SUBJETIVO) DE MORRER

[...] se a morte pertence à natureza, o morrer é sempre mais governável pelo homem, pertence à sua vida, e assim regressa à autonomia da escolha de cada um.⁴⁷⁵

Não apenas o binário pessoa/coisa, sujeito/objeto, tão caro à lógica dualista moderna, mas um outro tão polêmico quanto, ou até mais, entra em uma zona de indeterminação e nebulosidade: a vida e a morte. A medicina, em virtude das técnicas cada vez mais desenvolvidas voltadas à manutenção e ao prolongamento da vida, tem redefinido constantemente o momento da morte, uma vez que permitem reverter

⁴⁷⁵"[...] se la morte appartiene alla natura, il morire è sempre più governabile dall'uomo, appartiene alla sua vita, e dunque rientra nell'autonomia delle scelte di ciascuno." (RODOTÀ, **La vita...**, p.248).

situações antes fatais. Conceituar a morte hoje em dia está cada vez mais difícil. Por meio da compreensão do *coma dépassé*, tem-se sua nova definição. Por desconfigurar o cessamento de batimentos cardíacos e a parada respiratória como critérios definidores da morte, obriga a criar novos critérios e novas definições. O novo critério é o coma irreversível – a morte cerebral substituiu a morte somática.⁴⁷⁶

Como afirma Paula Sibília, a nebulosidade dos limites da vida e da morte fazem emergir "uma série de categorias jurídicas ambíguas e operacionais, tais como a [...] 'zona de morte' [...] 'suficientemente morto', 'grau de reversibilidade'"⁴⁷⁷. Os conceitos novos não são dualistas, binários, mas biopoliticamente probabilísticos. Ao inserir-se no contexto digital a morte passa a depender de uma questão de grau. Como falava Foucault sobre os mecanismos de segurança, segundo os quais não se tinha mais o normal e o anormal, das sociedades tipicamente disciplinares, agora a morte é determinada quando atinge um determinado grau, um ponto entre as extremidades vivo-morto – até determinado grau a tecnociência pode reviver, a partir dele não mais.

Como afirma Agamben, a oscilação do conceito de morte, e, portanto, consequentemente o de vida, mostra o quanto estes na verdade são além de conceitos científicos, conceitos políticos, pois dependem de uma decisão. A eutanásia⁴⁷⁸, por

⁴⁷⁶Hoje a tendência é de aceitar-se a morte encefálica que corresponde àquela que compromete irreversivelmente a vida de relação e a coordenação da vida vegetativa. Este critério é internacionalmente aceito e foi adotado pela Lei n.º 9434/97, de doação de órgãos, em seu artigo 3.º. O decreto n.º 2.268/97 dispõe sobre o processo de verificação e determinação da morte encefálica.

⁴⁷⁷SIBÍLIA, op. cit., p.53.

⁴⁷⁸A palavra *eutanásia*, deriva dos vocábulos gregos *eu*, que significa *bem*, e *thanasia*, que equivale a *morte*, portanto, significando *boa morte*, *morte tranquila*, *sem sofrimento*. É ao filósofo inglês do Renascimento, Francis Bacon (1561-1626), em seu livro *Novum Organum*, atribuída a criação do vocábulo *Eutanásia*. A eutanásia, hoje, é entendida como a morte de doente incurável, submetido à forte sofrimento e dor, físico e (ou) emocional, causada por pessoa movida por sentimento de compaixão e piedade em relação ao doente. Ela é comumente conceituada em ativa e passiva. A *eutanásia ativa* seria aquela em que há uma interferência deliberada nas atividades vitais, com o fim de abreviar a vida. É o caso, por exemplo, de ministrar-se uma dose letal de morfina em paciente terminal de câncer. A *passiva* corresponderia ao fato de deixar de oferecer recursos à manutenção da vida, em face da irreversibilidade clínica do paciente. Outros termos relacionados à eutanásia são o *suicídio assistido*, que ocorre quando o próprio paciente, por ato seu e auxílio

exemplo, é um caso em que a decisão sobre a vida e a morte deve conciliar uma decisão médica com uma legal.

A medicina unida à tecnologia tem atingido avanços e desenvolvido meios de aumentar a expectativa de vida e prolongar o processo de morte de um indivíduo: "O espaço de tempo entre o adoecer e o morrer era de cinco dias. Hoje este espaço de tempo entre o momento da descoberta da doença até a morte aumentou de cinco dias para cinco anos, e mais do que se falar em morte fala-se do processo do morrer."⁴⁷⁹

A morte, como já havia antecipado Michel Foucault, com a lógica biopolítica, de investimento intenso na otimização da vida, tornou-se sinônimo de fracasso. Um limite humano inaceitável dentro do processo fáustico de desenvolvimento da ciência e da (pós) humanidade.

Ao mesmo tempo em que a morte deixou de ocorrer nos espaços privados das pessoas, em seus leitos cercados por familiares e passou a realizar-se nos quartos de hospitais, povoados por médicos e profissionais da área de saúde, ou seja, ao mesmo tempo em que a morte tornou-se um fracasso a ser escondido, ela saiu da cena do cotidiano privado das pessoas para se tornar pública e ocupar os leitos dos hospitais. A morte se afastou dos homens e, portanto, afastou-se da vida. Como afirma Rodotà:

(orientação e logística) de outrem, causa a sua morte; a ortotanásia que significa morrer bem, humanamente e dignamente. De acordo com a ela, busca-se o curso natural da morte, sem que se invista em procedimentos artificiais e meios terapêuticos que buscam o mero prolongamento de um processo de morte sofrido e desnecessário. Assim deixa-se a natureza agir, resgatando-se a dignidade humana na última fase da vida. A ortotanásia foi aprovada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução n.º 1805/2006 que, em seu art. 1.º, estabelece: "*é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal*". Esta decisão está causando bastante polêmica nacional e uma forte reação do Ministério Público Federal, que está estudando a possibilidade de entrar com uma ação contra a decisão do Conselho; e por fim, a *distanásia*, que corresponde à medicação persistente, muito embora ineficaz em razão do estado irreversível do paciente. Nesta, o objetivo é o maior prolongamento possível da vida. O foco da preocupação não está na qualidade de vida, mas sim na quantidade de vida.

⁴⁷⁹PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 6.ed. São Paulo: Loyola, 2002. p.352.

No momento em que o morrer se transfere para os espaços públicos se materializa aquilo que pode parecer um paradoxo, o ocultamento da morte, que na realidade nasce do seu desaparecimento do cotidiano, da vida de cada dia, de uma gestão imersa no fluxo de outras relações sociais, do seu desenvolver-se nos mesmos ambientes onde em outro momento se dorme, se faz amor. A morte está distanciada da vida, dela se separa.⁴⁸⁰

É a partir da análise de todos estes aspectos dessa nova realidade e deste conflito de ordem valorativo que a eutanásia e o direito de morrer nela inserido são tão questionados. Como afirma Rodotà, "a questão da eutanásia, do direito de morrer é filha de um conjunto de tecnologias da vida (ou da sobrevivência que chamam em causa também a questão da dignidade da pessoa, objeto de experimentação ou de obstinação terapêutica)."⁴⁸¹

A discussão central colocada pela maioria dos autores que se propõem a discutir o tema quanto à eutanásia e o direito de morrer está centrada justamente na contraposição: direito à vida e direito à morte. Mas, seriam estes realmente direitos e se direitos, subjetivos? E se sim, seriam mesmo tais direitos incompatíveis? A possibilidade de desligar-se os aparelhos que mantêm a vida de um indivíduo em coma, causando a sua morte, sem que se cometa homicídio é hoje, por alguns, reivindicada como um direito. Seria este um direito (subjetivo) de morrer? Falar em criar uma legislação para a eutanásia não seria atribuir ao Estado, ao poder político, mais um poder – o de decidir a hora da morte do indivíduo, uma nova espécie de "fazer morrer"? Como afirma Agamben, o corpo do indivíduo em coma contém simplesmente uma vida nua totalmente sob o controle do homem – e não do que contém a vida – e da tecnologia, ou seja, do soberano e do médico.

⁴⁸⁰"Nel momento in cui il morire si trasferisce negli spazi pubblici si materializza quello che può apparire un paradosso, l'occultamento della morte, che in realtà nasce dalla sua scomparsa dal quotidiano, dalla vita d'ogni giorno, da una gestione immersa nel flusso delle altre relazioni sociali, dal suo svolgersi negli stessi ambienti dove altrimenti si dorme, si fa l'amore. La morte viene allontanata dalla vita, se ne separa." (RODOTÀ, **La vita...**, p.261).

⁴⁸¹"[...] la questione dell'eutanasia, del 'diritto di morire' è figlia di un insieme di tecnologie della vita (o della sopravvivenza) che chiamano in causa anch'esse la dignità della persona, oggetto di sperimentazione o di 'accanimento terapeutico'." (RODOTÀ, **Tecnologie...**, p.171-172).

Grande parte das pessoas se posiciona simplesmente contra a eutanásia tendo em vista uma fundamentação rasteira, basicamente de influência cristã: na medida em que a vida é um valor sagrado supremo, dela não se pode dispor – não existindo, portanto, um direito de morrer. A vida é um direito indisponível a partir do qual o direito de morrer seria incompatível. Percebe-se que tais argumentos e fundamentos partem basicamente da lógica do direito moderno e do rol de direitos indisponíveis do homem e do cidadão.

Nessa linha se reflete o intenso receio dos Estados em legislar a respeito da eutanásia, optando por configurá-la como crime, como é o caso do direito brasileiro, em que, tendo sido praticada por médico, familiar ou terceiro, é considerada homicídio, na forma privilegiada, por ter sido cometida por motivo de relevante valor social ou moral, com diminuição de pena de um sexto a um terço (conforme o artigo 121, parágrafo primeiro, do Código Penal Brasileiro). Curioso observar que o consentimento do enfermo é indiferente, não havendo, portanto, distinção entre a eutanásia dita voluntária (na qual há o consentimento do paciente) e a involuntária (na qual há um ato paternalístico, em que o terceiro, julgando ser o melhor para o doente, pratica o ato eutanásico sem o consentimento deste).⁴⁸²

⁴⁸²Algumas tentativas de legalização mediante apresentação de Projetos de Lei já tramitaram no Congresso Nacional. Ocorre que a maioria destes Projetos se encontram arquivados. No ano de 1983, o deputado Inocêncio Oliveira apresentou um Projeto de Lei (PL-732/1983), segundo o qual se permitia "ao médico-assistente o desligamento dos aparelhos médicos de um paciente em coma terminal ou na omissão de uma medicação que iria prolongar inutilmente uma vida vegetativa, sem possibilidade de recuperar condições de vida sofrível, em comum acordo com os familiares". O projeto exigia, ainda, que o fato deveria ser oficiado ao Conselho Regional de Medicina, com a descrição do quadro clínico do paciente. A Comissão de Constituição e Justiça decidiu pela inconstitucionalidade do projeto, que acabou sendo arquivado. Houve uma outra tentativa de disciplinar a eutanásia, em 1984, com o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial. Este Anteprojeto pretendia inserir no texto do Código Penal Brasileiro, artigo 121, parágrafo 3.º, a seguinte previsão: "Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão". Entretanto, a parte especial não chegou a ser reformada, atingindo a reforma apenas a parte geral do Código. Em 1991, o deputado Gilvam Borges apresentou outro Projeto de Lei (PL - 1989/1991). Neste Projeto a eutanásia seria permitida nos casos de pacientes terminais sem chance de recuperação das funções neurocerebrais, cuja morte clínica tenha sido configurada. Há previsão das pessoas permitidas a

É indiscutível a valoração que o Estado confere à vida por meio do direito – valoração esta que, como se viu anteriormente, decorre tanto da conquista da garantia de direitos, na lógica dos direitos humanos, como da lógica do biopoder, em que a vida tornou-se objeto de controle privilegiado do poder. Por essa razão, tornar lícita uma ação que coloque fim à vida é repudiada de maneira tão rígida, a ponto de ignorar a opção e consentimento da própria pessoa. Como afirmou Agamben, o homem inscreveu sua vida na ordem jurídico-política com a declaração dos direitos dos homens e perdeu sua disponibilidade para o Estado. O Estado protege o direito à vida, mas apenas ele tem o direito de "fazer morrer".

Não obstante, outras tendências defendem uma opinião diversa da proteção incondicional da vida. Stefano Rodotà, por exemplo, ao trabalhar com a idéia de "diritto di uscita", ou seja, direito de saída, em que defende a possibilidade de as pessoas se desvincularem de normas jurídicas e readquirem a plenitude de suas vidas, em que o único limite é a vida alheia, afirma que o direito de morrer é uma espécie deste "diritto di uscita", uma vez que a pessoa se desprende da gaiola jurídica que protege sua vida para além de sua vontade e dignidade.⁴⁸³

fazerem a solicitação (cônjuge ou companheiro, filhos naturais e adotivos, ascendentes e o próprio paciente). O Projeto previa ainda que o paciente que tivesse atestado por dois médicos menos de seis meses de vida poderia requerer administração de drogas para a abreviação da vida. Tal projeto restou igualmente arquivado, em 1993, com fundamento na inconstitucionalidade de seu conteúdo. Neste mesmo ano, Gilvam Borges propôs um projeto de Decreto Legislativo (PDL – 244/1993) segundo o qual se convocava um plebiscito para que os habilitados a votar decidissem sobre a conveniência ou não de se instituir a eutanásia como forma de abreviar sofrimentos de pacientes terminais. Mas tal Projeto também foi declarado inconstitucional e veio a ser arquivado em 1994. Gilvam Borges, em 1996, elaborou um outro Projeto de Lei (PL – 125/1996) na tentativa de disciplinar os casos em que se poderia autorizar a prática da morte sem dor e os respectivos procedimentos prévios à sua consecução. Este Projeto previa a permissão de desligamento de aparelhos no caso de constatação de morte cerebral e a permissão de morte sem dor de pacientes em circunstâncias de sofrimento físico e mental excessivos, caso em que não se justificaria a continuidade de assistência médica. O Projeto previu a necessidade de consentimento prévio do paciente e, na impossibilidade deste, dos familiares e pessoas habilitadas à solicitação. Contudo, este Projeto encontra-se arquivado desde 1999.

⁴⁸³"Ora ci troviamo di fronte a situazioni in cui l'indicare il fatto e il dire il diritto appartengono alla stessa persona, nel senso almeno che esiste un potere di scelta tra risposte giuridiche diversificate o, più radicalmente, di entrata in uno spazio vuoto di diritto. Si può, dunque, uscire dal diritto e

O autor afirma que a reivindicação de um "direito de morrer" é uma das facetas de um processo mais complexo que corresponde à reapropriação do próprio corpo.⁴⁸⁴ As novas práticas ligadas à tecnociência e biotecnologia aproximam o homem de seu corpo e aumentam as possibilidades de acesso a este corpo. Reapropriar-se de seu corpo é uma forma de reapropriação da própria existência, e conseqüentemente do morrer, uma vez que este evento corresponde a uma etapa da vida, ainda que final.

É curioso também notar que as visões sobre vida e a sua valoração, em face das possibilidades dadas pelas novas tecnologias na prática da medicina, tendem a lógicas simultaneamente diversas: àquela que tende a considerar a vida como mero fenômeno biológico, abrindo frestas à sua coisificação (como se percebe no caso dos patenteamentos de seres vivos analisado no item anterior) e, àquela que, pelo viés do argumento da qualidade de vida e dos discursos da vida saudável e da dignidade humana, permite um crescente posicionamento tendente a conceber a vida como algo mais que a existência biológica e que não pode ser defendida a qualquer preço e às custas de outros valores tão fundamentais quanto ela. Neste sentido posiciona-se a jurista Maria de Fátima Freire de Sà:

rientrare nella vita [...] situazioni che si manifestano nei luoghi più diversi dell'ordine giuridico, ed emerge così un comune 'diritto di uscita'. Questo potere di liberarsi da vincoli e di riconquistare pienezza di vita, tuttavia, incontra un limite nella vita degli altri [...]. Scompare e anch'essa una manifestazione del diritto di uscita." Tradução livre de: "Neste momento nos encontramos de frente a situações em que indicar o fato e dizer o direito pertencem a mesma pessoa, no sentido ao menos que existe um poder de escolha entre resposta jurídica diversificada ou, mais radicalmente, de entrada em um espaço vazio de direito. Se pode, assim, sair do direito e reentrar na vida [...] situações que se manifestam nos lugares mais diversos do ordenamento jurídico, e emerge assim um comum 'direito de saída'. Este poder de libertar-se de vínculos e reconquistar a plenitude da vida, todavia, encontra um limite na vida de outros [...]. Morrer é também uma manifestação do direito de saída." (RODOTÀ, **La vita...**, p.62, 63, 68).

⁴⁸⁴RODOTÀ, **La vita...**, p.248. Para o autor, a constatação de que o direito de morrer é parte do processo da reapropriação do próprio corpo implica a conclusão de que "a eutanásia está superada". Para Rodotà não é mais pertinente a discussão entre os conceitos de eutanásia passiva e ativa. O que ainda deve ser mantido em questão é o chamado suicídio assistido, ou seja, aquela situação em que, embora a pessoa queira dar um fim à sua vida, não tem condições para tal, tendo que contar com a ajuda de alguém.

Não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana, negligenciando a qualidade de vida do indivíduo. A obstinação em prolongar o mais possível o funcionamento do organismo de pacientes terminais não deve mais encontrar guarida no Estado Democrático de Direito, simplesmente porque o preço desta obstinação é uma gama indivisível de sofrimentos gratuitos, seja para o enfermo, seja para os familiares deste. O ser humano tem outras dimensões que não apenas a biológica, de forma que aceitar o critério da qualidade de vida significa estar a serviço não só da vida, mas também da pessoa. O prolongamento da vida somente pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício, ainda assim, se esse benefício não ferir a dignidade do viver e do morrer.⁴⁸⁵

A autora prossegue afirmando que a vida não deve ser tida como um bem absoluto e supremo, não sendo, portanto, superior a princípios como a liberdade e a dignidade. Segundo ela, a dignidade da pessoa humana é o princípio supremo. Nesse sentido, a luta a todo custo contra a morte torna-se idolatria à vida e, muitas vezes, fere a dignidade do ser humano e a sua possibilidade de escolha. Para essa jurista, a autodeterminação é componente da dignidade.⁴⁸⁶

Nesse sentido também se posiciona Afonso Garcia Rubio: "Liberdade e responsabilidade: a pessoa é capaz de escolher determinados valores em si mesma, a partir de si mesma [...] Conseqüência: repugna à dignidade da pessoa todo tipo de manipulação".⁴⁸⁷

A defesa do direito de morrer feita por estes pensadores, portanto, estaria assentada justamente nesta linha de pensamento que concebe a vida desde o princípio da dignidade e que valoriza a autodeterminação do sujeito na escolha pelo processo natural de sua morte. Recusa-se a aceitar o corpo como uma máquina manipulável pelas inúmeras intervenções terapêuticas, muitas vezes inúteis, e à medicalização excessiva da vida, o chamado encarnecimento terapêutico.

⁴⁸⁵SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: _____. (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.110.

⁴⁸⁶SÁ e NAVES, op. cit., p.111.

⁴⁸⁷RUBIO, Afonso García. **Unidade na pluralidade**. 2.ed. São Paulo: Paulinas, 1989. p.249-250.

Embora apresentem um caráter humano bastante forte e certamente louvável, estes apontamentos ignoram os discursos que permeiam toda a lógica da qualidade de vida. O biopoder e os saberes que ele articula, de otimização da vida, sempre carregam, implícito, o discurso da vida que é digna de viver. Percebeu-se que esta lógica tanto pode demonstrar um viés de caráter humanitário, como destes posicionamentos que se acabou de citar, como um viés racista e excludente, como foi a do nazismo, que utilizou da prática da eutanásia, para eliminar vidas que considerava não dignas de viver, afirmando a morte como uma saída a uma vida que não merecia ser vivida.

Há embutido no biopoder uma lógica exclusiva e seletiva. Não se trata da proteção, otimização de toda e qualquer vida, mas de determinadas vidas, aquelas vidas que preenchem determinados requisitos, certos padrões de normalidade e qualidade. O que é qualidade de vida? Quais são os parâmetros para determinar-se uma vida digna? O que é dignidade? Muitos desses conceitos, ou melhor, cláusulas gerais foram afirmações conquistadas pelo homem moderno, e quanto a isso e quanto ao mérito de tal conquista não há dúvida.

Mas a generalidade de tais conceitos é justamente a chave para a sua manipulação. De qual dignidade se está falando e qual autonomia se considera apta para optar por esta dignidade em detrimento da vida? Obviamente que a solidariedade e o sentimento humanitário perante um doente terminal que padece de dores intermináveis e insuportáveis induzem à defesa de um direito de morrer dignamente, e este espaço de autonomia do doente deve ser respeitado. Mas deve-se estar atento ao quanto se está hoje suscetível aos discursos biopolíticos da vida e do corpo saudáveis e o quanto estes discursos influenciam a idéia de dignidade de cada um. Conviver com a dor e com a doença está se tornando algo cada vez mais difícil em razão justamente da força que estes discursos operam no inconsciente coletivo. Num mundo onde a saúde é tão valorizada, ser doente pode ser motivo de sentir-se

excluído da sociedade.⁴⁸⁸ Por essa razão, a análise atenta do caso concreto é de extrema relevância quando está em discussão o direito de morrer, principalmente quando a decisão não pode mais ser tomada pela pessoa, por um estado de inconsciência, por exemplo. Estas situações são aquelas em que os conflitos entre o lado humano e a lei são mais intensos e por isso cada caso deve ser analisado em sua completude e complexidade. Nestas condições a abstração fria e calculista da lei deve ceder ao calor humano da concretude da vida.

Grande parte das pessoas é tão viciada pela visão moderna de 'vida qualificada' e da importância de uma racionalidade e intersubjetividade, que é comum ver na pessoa em coma ou num tetraplégico uma vida indigna de ser vivida. Ignora-se o sinal da vida, aquela centelha de vida e apenas percebe-se quando ela está incorporada, ou melhor, espiritualizada por uma subjetividade.

Seria interessante uma análise de Descartes sobre o corpo do sujeito em coma, um "corpo-máquina" destituído de subjetividade que teve suas engrenagens falhas e para continuar a funcionar teve que se conectar a uma outra máquina, esta por natureza destituída de subjetividade. Em moldes cartesianos, diante de tal corpo pergunta-se: há a possibilidade de eliminar-se (seria matar?) uma vida que habita um corpo sem sujeito (o sujeito no sentido moderno, obviamente)? Talvez Descartes estivesse certo: os homens são máquinas. O cérebro é uma máquina. Mas afinal, o que ainda permite não afirmar isso com tanta certeza, embora os contornos entre máquina e humano estejam cada vez mais esfumados pela tecnociência fáustica, como se viu em itens anteriores?

⁴⁸⁸"La soglia del dolore dignitoso, e non solo accettabile, diviene così essenziale [...] la dignità è una nozione culturale [...] È una questione quotidiana: solo quando il dolore non diventa meccanismo di esclusione – dalla famiglia, dal lavoro, dalla vita comune – crescono le possibilità di non percepirlo come attentato alla dignità, e quindi accettarlo e di convivere con esso." Tradução livre de: "O limiar de dor digna, e não apenas aceitável, torna-se assim essencial [...] a dignidade é uma noção cultural [...]. É uma questão cotidiana: apenas quando a dor não se torna mecanismo de exclusão – da família, do trabalho, da vida comum – crescem as possibilidades de não percebê-la como atentado à dignidade, e assim de aceitá-la e de conviver com ela." (RODOTÀ, **La vita...**, p.214).

O perturbador é que os fundamentos que servem para apoiar o desligamento dos aparelhos que mantêm uma vida vegetativa podem ser os mesmos que afirmam a sua manutenção indeterminadamente: a proteção da vida e da sua dignidade. As categorias modernas buscadas para solucionar a questão acabam girando em círculos sem encontrar uma saída. Curioso notar ainda que aqueles que concordam com a eliminação de uma vida em nome da dignidade, tendo em vista o desgaste e o sofrimento de pacientes terminais, por exemplo, que desejam a morte e apenas agonizam à sua espera, muitas vezes, não apresentam o mesmo desprendimento em relação à vida quando se trata de uma "vida qualificada."

O desejo de morrer de uma pessoa saudável, confortável economicamente e intelectualizada é resistido pela sociedade. Como uma vida tão investida, um capital humano de tal nível simbólico pode desejar a morte? Uma vida como esta, tão digna, de um sujeito que detém autonomia, não pode querer morrer. Quando se vê a resistência à sua morte percebe-se que existe algo para além da simples afirmação da vida como bem supremo.

O direito de morrer suscitado pela questão seja do suicídio, seja da eutanásia pode ganhar, portanto, diferentes contornos, conforme o lugar de onde se fala. Do lugar das linhas de fuga das amarras do poder, pode simbolizar resistência e libertação de toda uma teia de poderes e saberes que capturam a vida e a subjetividade; do lugar do discurso dos direitos do homem e do cidadão que orienta a proteção da pessoa humana dada pelo direito moderno, pode ser lido tanto como uma aberração por contradizer um direito fundamental e indisponível que é a vida, como uma expressão de liberdade, um direito subjetivo que deve ser reconhecido pelo Estado, uma vez que a morte em algumas circunstâncias está mais coerente com a dignidade do que a proteção da vida a qualquer custo. A partir da ótica foucaultiana, a legalização da eutanásia pelo Estado, reconhecendo o direito de morrer, seria nada menos que uma das facetas do poder sobre a vida: um mecanismo normativizado de "deixar morrer". Falando do lugar do poder que captura e normaliza a vida, a eutanásia pode significar a eliminação das vidas que não se consideram mais "dignas de viver", por não estarem

mais dentro dos parâmetros de normalidade que vários saberes determinam, como ocorreu no nazismo. Do ponto de vista de um paciente terminal, pode simbolizar a liberdade de escolher dar um fim ao seu sofrimento negando e dando termo às intervenções dos saberes e técnicas tecnocientíficas fáusticas sobre seu corpo, optando assim pela humanidade da inevitabilidade da morte e aceitando o processo de falimento do orgânico.

As questões que hoje suscitam o direito à vida e à morte, se não forem analisadas a partir de diferentes lugares, se não forem desterritorializadas do discurso moderno, continuará girando em círculos e sem respostas, corresponderá a uma falsa dialética de frágeis sínteses. Não obstante a aparente segurança que os princípios e as categorias modernas dão, na verdade, o homem está se agarrando em mastros cujo peso pode ser fatal e levar a humanidade ao naufrágio.

2.4 AS CATEGORIAS NO DIREITO: SEGURANÇA E INSUFICIÊNCIA

Direito de procriar, direito de ter filho, direito a um patrimônio genético não manipulado, direito à doença, direito de morrer, direito de morrer com dignidade, direito de saber, direito de não saber, direito de nascer, direito de não nascer, direito de escolher as características do filho, direito de dispor de seu corpo... A tecnologia reclama novos direitos. Se estes são direitos (uma vez que se deve estabelecer o limite entre o direito e o não-direito, como bem expõe Rodotà) e, nesta medida, direitos subjetivos, são perguntas que se deve fazer, mas que não bastam. A solução dos problemas não está na inflação dos direitos subjetivos. Como questiona Rodotà,

Neste ponto, evidentemente, colocam-se uma série de tradicionais problemas: quais destas fortes representações verbais podem de fato ser convertidas naquela figura que a tradição jurídica continental qualifica como direito subjetivo; quais critérios de seleção entre os interesses estão na base da situação qualificada como direitos e como se deve operar um balanceamento entre os diversos interesses em campo, quais valores estão implicados em qualquer dos direitos nominados e quais são os parâmetros aos quais recorrer para resolver eventuais conflitos [...]. A tendência a individualizar e definir novos direitos carrega em si a atribuição ao interessado de um poder individual de decisão, rendendo assim concreto sobre o terreno jurídico aquela ampliação

da possibilidade de escolha da parte do indivíduo já indicado como comum da tecnologia aqui considerada [...]. Partindo do respeito da liberdade de escolha e de decisão de qualquer um, verifica-se caso por caso as situações nas quais o direito de escolha deve ser temperado com interesses de outros ou encontra um limite absoluto em outros direitos ou princípios fundamentais do sistema jurídico.⁴⁸⁹

Como afirma Rodotà vive-se hoje em um mundo cada vez mais jurisdicizado: a tudo o direito é chamado para regular. Trata-se da lógica da prepotência da norma jurídica, segundo a qual tudo, num determinado momento, deve ser inscrito na ordem jurídica. Esta prepotência coloca em dilema os limites justamente entre o direito e o não-direito, entre lei e consciência: "[...] imutável, universal, obrigatória, objetiva, a primeira; variável, suscetível às circunstâncias, espontânea e eminentemente subjetiva, a segunda [...]".⁴⁹⁰

Segundo Bernard Edelmamn, o sistema dos direitos do homem (decorrentes da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão) pareceu resolver o conflito entre individualismo indomável e a lei, pois colocava como limite aos impulsos o reconhecimento do outro e da sua liberdade – a liberdade limita a própria liberdade, cabendo à lei fixar os pontos de encontro entre elas. Este equilíbrio para este autor, não obstante a posição de Rodotà acima exposta, hoje desapareceu. O sujeito teve seus poderes aumentados pela tecnociência, que não lhe impôs limites, uma vez

⁴⁸⁹"A questo punto, evidentemente, si pone tutta una serie di tradizionali problemi: quali di queste forti rappresentazioni verbali possano davvero essere convertite in quella figura giuridica che la tradizione giuridica continentale qualifica come diritto soggettivo; quali criteri di selezione tra gli interessi siano alla base delle situazioni qualificate come diritti e come si debba operare un bilanciamento tra i diversi interessi in campo, quali valori siano implicati in ciascuno dei diritti nominati e quali siano i parametri ai quali ricorrere per risolvere eventuali conflitti [...]. La tendenza ad individuare e definire nuovi diritti porta con sé l'attribuzione all'interessato di un potere individuale di decisione, rendendo così concreto sul terreno giuridico quell'ampliamento delle possibilità di scelta da parte del singolo già indicato come il tratto comune delle tecnologie qui considerate [...]. Partendo dal rispetto della libertà di scelta e di decisione di ciascuno, verifica caso a caso le situazioni in cui il diritto di scelta deve essere temperato con interessi altrui o incontra un limite assoluto in altri diritti o principi fondamentali del sistema giuridico." (RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.152).

⁴⁹⁰"[...] immutabile, univesale, obbligante, obiettiva, la prima; variable, legata alle circostanze, spontanea e eminentemente soggettiva, la seconda." (RODOTÀ, *La vita...*, p.17).

que a ausência de limites é uma de suas características principais. É como se o direito subjetivo tivesse perdido seus contornos e recuperado seu aspecto selvagem característico do estado de natureza. O processo que deu origem ao cidadão se inverte: de cidadão o homem retorna a seu estado natural, em que seus "direitos naturais" não encontram mais restrição alguma. Nem o Estado, nem a natureza, nem o outro correspondem a limites para o sujeito de direitos onipotente, guiado única e exclusivamente por seus desejos, refletindo um liberalismo absoluto amoral e narcísico: "[...] a tecnociência, casada com o liberalismo econômico, libertou o demônio que dormia no sujeito de direito; libertou seu individualismo indomável."⁴⁹¹ Na lógica sem limites da tecnociência o direito não é visto mais como um campo de interdição, mas apenas como um espaço de permissão da realização dos desejos. Assim, segundo Edelman, a transgressão que agora se vê não é aquela simples transgressão a um interdito, mas a própria transgressão da humanidade do homem. A temporalidade do homem hoje é contada pela duração entre o desejo e a sua satisfação. Vive-se numa realidade em que o tempo é preenchido pelas satisfações. Edelman argumenta, então, se não é tempo, agora, de questionar se o Direito não poderia constituir um recurso para preservar a humanidade do homem.⁴⁹²

Qual o papel do direito, ou melhor, a resposta do direito diante de toda esta realidade? Como afirma Edelman, o direito nada cria. Ele é chamado para dar respostas às demandas que se originam nos diversos campos sociais. Para

⁴⁹¹"[...] la technoscience, mariée au libéralisme économique, a libéré le démon qui sommeillait dans le sujet de droit; il a libéré son 'individualisme indompté'". (EDELMAN, **La personne...**, p.405).

⁴⁹²"La notion de nuisance fondamentale pour assurer l'équilibre, s'est métamorphosée en défense égoïste de soi-même, c'est-à-dire en indifférence. La fausse liberté du libéralisme, par l'abandon du bien commun, aboutit à un respect 'amoral' de l'action d'autrui. Ainsi, se crée un milieu de 'monades' aveugles, qui poursuivent obstinément leur propre trajectoire, sans rencontrer d'autres limites que la réalisation même de leurs désirs." Tradução livre de: "A noção de prejuízo fundamental para assegurar o equilíbrio, é metamorfoseada em defesa egoísta de si mesmo, isto é, em indiferença. A falsa liberdade do liberalismo, pelo abandono do bem comum, conduz a um respeito amoral da ação do outro. Assim, criam-se milhares de 'mônades' cegas, que perseguem obstinadamente sua própria trajetória, sem encontrar outros limites que não a realização de seus desejos." (EDELMAN, **La personne...**, p.16).

responder, ele deve traduzir aquela demanda em sua linguagem. Por exemplo, se um biólogo requer ao tribunal a permissão de utilizar um material humano, o jurista terá de enquadrar este material em alguma categoria, de coisas ou pessoas. Esta classificação jurídica pode contrariar todos os parâmetros da ciência, ou até mesmo da realidade. Assim, não se trata de uma questão de verdade, mas uma questão de decisão, de julgamento. Dependendo da classificação (a qual confere ao elemento um *status* jurídico) que se decida, haverá um determinado efeito. Mas afinal, por que o direito deve classificar para produzir sentido? Edelman afirma que a classificação para o direito é, acima de tudo, a delimitação das fronteiras de seu ponto de vista – lícito/ilícito, possível/impossível, permitido/não permitido; "[...] classificar para o direito, é regar o sacrifício dos impulsos institivos pessoais [...]. Ela repugna sancionar à toda potência do sujeito." ⁴⁹³

Segundo o autor, portanto, o direito está em constante conflito com os direitos subjetivos, pois enquanto estes dão abertura ao homem a um narcisismo absoluto, ao direito cabe estabelecer os limites. Se estes limites e fronteiras são estabelecidos graças ao sistema de classificação e categorias que o direito criou para si, tentando simplificar a realidade complexa em peças formatadas, no momento em que estas categorias dogmáticas são bagunçadas e perdem seus contornos e delineamentos, o direito enfraquece sua capacidade de estabelecer limites e os direitos subjetivos implodem sua potência narcísica. O direito passa a existir para realizar o "eu quero" – o "eu quero" e "eu desejo" traduzem-se em "eu tenho direito".

Embora Edelman afirme a importância das classificações para o direito – "O universo jurídico é protetor da humanidade do homem, no sentido de que reproduz na sua classificação e suas categorias o ciclo da simbólica humanidade, do nascimento

⁴⁹³"[...] classer, pour le droit, c'est régler le sacrifice des impulsions instinctives personnelles [...] Il répugne à sanctionner la toute-puissance du sujet" (EDELMAN, *La personne...*, p.21).

à morte, passando pela transmissão."⁴⁹⁴ —, ele mesmo afirma que as categorias com as quais se lida hoje estão "bouleversé", bagunçadas, subvertidas.

Rodotà na mesma linha afirma a necessidade de serem criadas novas categorias adequadas à nova realidade, em que as possibilidades de escolha e autodeterminação aumentaram graças à tecnociência fáustica, fundada numa verdadeira tecnologia da liberdade. A contatação do envelhecimento das categorias, devido à sua historicidade e às transformações da relação do homem consigo próprio, com seus valores e com o que o rodeia exige uma mudança de posição do jurista. Em suas palavras:

O que muda para o estudioso do direito, além da constatação do envelhecimento de tais categorias, de todo óbvia a partir do momento em que se reconhece a sua historicidade e não permanece preso a contemplá-las como dogmas? Modificam-se essencialmente referenciais não jurídicos; as fronteiras e modalidades de vida e morte, representações culturais do corpo e da pessoa, sistema antropológico da família e do parentesco. Tornam-se mais disponíveis à vontade do homem. E isso decorre das técnicas que, considerada no seu conjunto, modificam e alargam de maneira radical a possibilidade e a modalidade de uso do corpo.⁴⁹⁵

Rodotà ainda afirma que, para além da dificuldade de se atualizar as categorias em face da revolução científica, o problema está em encontrar uma orientação comum, um ponto de referência em uma realidade tão marcada pela pluralidade e particularismos. Já que, segundo o autor, a estrada justa é o caminho da ética para o direito — toda regulamentação deve ter uma forte dose ética, um

⁴⁹⁴"L'univers juridique est protecteur de l'humanité de l'homme, en ce sens qu'il reproduit dans son classement et ses catégories, le cycle de la symbolique humaine, de la naissance à la mort en passant par la transmission." (EDELMAN, **La personne...**, p.23).

⁴⁹⁵"Che cosa cambia per lo studioso del diritto, al di là della constatazione dell'invecchiamento di talune categorie, del tutto ovvia nel momento in cui si riconosce la loro storicità, e non si rimane fissi a contemplarle come dogmi? Cambiano essenziali referenti non giuridici; confini e modalità della vita e della morte, rappresentazione culturale del corpo e della persona, sistema antropologico della famiglia e della parentela. Si fanno più disponibili per la volontà dell'uomo. E questo discende da tecniche che, considerate nel loro insieme, modificano e allargano in maniera radicale le possibilità e le modalità d'uso del proprio corpo." (RODOTÀ, **Tecnologie...**, p.144).

referencial de valores fundamentais – como se escolher um parâmetro ético dentro de uma sociedade tão plural, como a moderna ocidental? Esta dificuldade pode conduzir o direito a responder às novidades muitas vezes por meio da lógica da proibição, aparecendo como o substituto, muitas vezes autoritário, de uma ética que não existe no social.⁴⁹⁶

A utilização do direito como um meio autoritário é perigoso; é perigosa a pretensão de tudo querer regular, assim como tentar fazer sobreviver categorias jurídicas superadas. O direito, portanto, está dividido entre o reconhecimento das liberdades, dos direitos subjetivos emergentes e a sua normatividade e função de traçar limites.⁴⁹⁷ A questão é encontrar o equilíbrio entre estes dois pólos, para que o direito não se desconstrua com a "loucura dos direitos subjetivos" e, de outro lado, não se torne autoritário. Como Edelman afirma, o homem se vê diminuído diante da confusão, causada pela ciência, de parâmetros tão fundamentais como liberdade, humanidade, pessoa, genealogia. O que o direito deve responder à mulher estéril que deseja e reivindica seu direito de ter um filho? O que responder ao médico que reivindica seu direito de experimentação sobre o homem e suas "partes"? O que responder à pessoa que quer dispor de seu corpo, como no caso da "barriga de aluguel"? O que responder à pessoa que deseja morrer? Parece, como afirma o autor, que se vive hoje o conflito entre a liberdade absoluta e a liberdade vigiada pelo Estado, ente buscado por meio do direito para salvaguardar situações em que o excesso de liberdade parece destrutivo.

⁴⁹⁶"Ao direito, então, seria confiado a tarefa de impor certezas que a sociedade ainda não encontra, de ser veículo de autoritarismo ou de conservação de categorias que, tendo sido construídas sobre uma realidade completamente diversa, estão evidentemente longe das novas realidades que deveriam regular." *"Al diritto, allora, sarebbe affidato il compito di imporre certezze che la società ancora non trova, di essere veicolo di autoritarismo o di conservazione di categorie che, essendo state costruite su una realtà completamente diversa, sono evidentemente lontane dalle nuove realtà che dovrebbero regolare."* (RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.148).

⁴⁹⁷Como bem analisa Laymert: "[...] para continuar existindo, o Direito precisa afirmar a sua razão de ser, a sua normatividade, e estancar essa 'loucura', traçando limites para o mercado e para a atividade tecnocientífica." (SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.245).

Como afirma Rodotà, o direito é chamado para responder às transformações causadas na sociedade pela ciência e pela tecnologia que não conseguem ser devidamente metabolizadas por aquela, pois colocam em discussão a própria "antropologia do gênero humano". Questões sobre o nascer, o viver e o morrer são colocadas em xeque e este desconcerto em face de angústias e fantasmas, clama pelo direito que se mostra como "a única cura social, com uma intensa demanda de normas, limites, proibições. Perdidas as leis da natureza, a sociedade se reflete no direito e a este requer tranquilização, antes ainda que proteção."⁴⁹⁸ O vazio deixado pelas leis da natureza passa a ser preenchido pelas leis dos homens. Ao direito não se requer apenas a elaboração de regras, mas a reconstituição de uma realidade desordenada.

Se se continuar a encaixar os novos elementos criados por novos saberes de uma nova realidade em moldes antigos, com certeza os efeitos serão danosos. Trata-se de uma questão bastante complexa. Como Edelman afirma, as categorias são instrumentos que o direito tem para proteger e estabelecer limites, que são necessários. Mas estes limites sempre reduzem a realidade e formalizam algo que não é passível de enquadramento, como é o caso justamente da vida.

O corpo, a vida e o homem devem ganhar um novo estatuto jurídico; devem reagir à ideologia da saúde e do seu discurso biopolítico discriminatório, excludente e normalizador; devem negar sua abstração e formalização; devem, portanto, assumir sua imanência, concretude, limites e potência, negando a cisão cartesiana corpo/alma, físico/psique da representação jurídica moderna. Neste sentido, o direito deve, num processo que obviamente lhe será custoso, na medida em que atingirá suas bases, abrir mão do paradigma da consciência, da filosofia do Ego inspirada em Descartes e Kant (para citar apenas os mais marcantes trabalhados nesta dissertação) e, em relação ao homem, como ser humano, assumir a corporização do sujeito vivo.

⁴⁹⁸"[...] l'unica cura sociale, con una intensa richiesta di norme, limiti, divieti. Perdute le regole della natura, la società si rispecchia nel diritto e ad esso chiede rassicurazione, prima ancora che protezione." (RODOTÀ, **La vita...**, p.15).

O sujeito deve passar a ser tomado como corpo, como corpo vivo, como vida em potência, e não mais apenas como consciência, *cogito*, e racionalidade. Os homens são talvez antes que consciência, ou simplesmente simultaneamente, corpos afetados. A ruptura que Nietzsche realizou na filosofia, descentralizando o sujeito de sua consciência e tendo como ponto de partida o corpo vivo não se refletiu no direito, cujos moldes continuam às voltas com a racionalidade, consciência e transcendência.

A relação que a tecnociência tem com o corpo alterou o modo de sua compreensão. Está-se num limbo entre os resquícios culturais de milênios da afirmação de sua sacralidade e o desenvolvimento de uma lógica baseada em sua obsolência, fragmentação, dessacralização e, conseqüentemente, coisificação e mercantilização. A dificuldade em se definir a relação do ser com o corpo – ser um corpo ou ter um corpo? – torna-se ainda mais complexa.

Se o corpo não é mais pessoa, se ele está cada vez mais distante de um indivíduo de estatuto cada vez mais indecível, se o dualismo não se inscreve mais na metafísica, mas decide o concreto da existência e funciona como modelo de correntes múltiplas da tecnociência ou da cibercultura, então toda antropologia ocidental, e todo o humanismo implícito e explícito que ele sustentava, são postos em questão.⁴⁹⁹

Mas não basta apenas questionar se o corpo é a expressão encarnada da pessoa, se ele e suas partes são indisponíveis, e se a disponibilidade é possível desde que não haja comercialidade; não basta optarmos por uma perspectiva da liberdade absoluta, segundo a qual cabe ao indivíduo decidir o que fazer do seu corpo, ou por uma perspectiva protetiva, que substitui a vontade do indivíduo para protegê-lo da utilização destrutiva de seu próprio corpo. Quanto à vida, percebe-se que o dilema da sacralidade e da qualidade, embora continue fazendo parte da maior parte dos discursos, além de carregar uma forte dose de saberes-poderes, não resolve coisa alguma. Para que todos esses questionamentos tenham de fato relevância, devemos questionar antes de que lugar se está falando. Como afirma Edelman:

⁴⁹⁹BRETON, op. cit., p.136.

[...] conforme se adote a primeira ou a segunda forma do dilema, os efeitos que se tem modificam-se toda vez. Na primeira forma, minha escolha é brilhante: ou eu reconheço na vida um caráter sacro – e eu sou, na ordem política, um 'conservador', um 'reacionário', e na minha relação com a ciência, um 'obscurantista', um avesso ao 'melhoramento' da condição humana em nome de uma transcendência, ou eu sou favorável à 'qualidade' da vida – e eu sou, na ordem política, um progressista, um democrata e, na minha relação com a ciência, um homem 'esclarecido', confiante, persuadido do progresso infindável dos conhecimentos. Em revanche, na sua segunda forma – a única correta – minha escolha é consideravelmente modificada: ou eu defendo a santidade da vida, ou eu concordo que ela é profana. No primeiro caso, eu deveria logicamente me opor a toda modificação da natureza humana, mas como seria no segundo caso? Todas as variações são possíveis. Eu posso, enquanto 'profano', ser, na ordem política, conservador, reacionário ou mesmo nazista [...] e ser no entanto favorável à ciência e à técnica [...] eu posso também ser democrata e me apavorar por outro lado com o poder científico, persistir em vincular sexualidade e procriação, estimar que a liberdade individual deva ser limitada pela ordem pública, e me opor, em nome do humanismo laico, a toda modificação da natureza humana e à degradação do meio-ambiente. Em outras palavras, ser profano, como ser laico ou democrata, não determina em nada minha atitude quanto à vida e ao seu melhoramento.⁵⁰⁰

A resposta de Edelman, então, a esse impasse é muito simples: não importa que a vida seja sacra ou profana, importa que seja digna.

Dignidade é para o autor o corolário de um outro conceito cuja juridicidade está em pleno desenvolvimento – a Humanidade. Ambos (humanidade e dignidade)

⁵⁰⁰"[...] selon qu'on adopte la première ou seconde forme du dilemme, les effets qu'on en tire changent de tout au tout. Dans la première forme, mon choix est lumineux: soit je reconnais à la vie un caractère sacré – et je suis, dans l'ordre politique, un 'conservateur', un 'réactionnaire', et dans mon rapport à la science, un 'obscurantiste', un adversaire d'une 'amélioration' de la condition humaine au nom d'une transcendance; soit je suis favorable à la 'qualité' de la vie – et je suis, dans l'ordre politique, un progressiste, un démocrate et, dans mon rapport à la science, un homme 'éclairé', confiant, persuadé du progrès infini des connaissances. En revanche, dans sa seconde forme – la seule correcte – mon choix est considérablement modifié: soit je défends la sainteté de la vie, soit j'accorde qu'elle est profane. Dans le premier cas, je devais logiquement m'opposer à toute modification de la nature humaine, mais qu'en sera-t-il dans le second cas? Toutes les variations sont possibles. Je peux, en tant que 'profane', être, dans l'ordre politique, conservateur, réactionnaire ou même nazi [...] et être néanmoins favorable aux sciences et aux techniques [...] je peux tout aussi bien, être démocrate et m'effrayer, par ailleurs, du pouvoir scientifique, persister à lier sexualité et procréation, estimer que la liberté individuelle doit être limitée par l'ordre public, et m'opposer, au nom d'un humanisme laïque, à toute modification de la nature humaine et à la dégradation de l'environnement. En d'autres termes, être profane, comme être 'laïque' ou 'démocrate', ne préjuge en rien mon attitude à l'égard de la 'vie' et de son 'amélioration'." (EDELMAN, *La personne...*, p.446-447).

exercem hoje, no século XXI, o mesmo papel que a Declaração dos Direitos do Homem exerceu nos séculos XIX e XX, pois assim como esta simbolizou a reposta à formação dos Estados Modernos e à proteção da liberdade do homem em face destes, a Humanidade afirma-se em relação à mundialização política, econômica e científica: "[...] crimes contra a Humanidade – parte penal da mundialização", que a protege contra a barbárie estatal;

'Patrimônio comum da humanidade' – parte econômica da mundialização, que a protege contra a barbárie da tecnociência; as Convenções internacionais que tendem a proteger a pessoa contra os perigos da biomedicina – parte científica da mundialização.⁵⁰¹

Os direitos do homem visam proteger a liberdade civil e política dos cidadãos, uma vez que a idéia de base da declaração é a de que a essência do homem é sua liberdade (seus direitos naturais, subjetivos). Ela coloca o homem/cidadão como centro. A idéia de humanidade, por sua vez, protege a dignidade do homem, tendo em vista esta como a sua essência, pois o simples fato de pertencer à humanidade já torna o homem digno⁵⁰² e não há liberdade que permita o homem abrir mão de sua humanidade. Nas palavras de Edelman:

⁵⁰¹"[...] crimes contre l'Humanité – volet penal de la mondialisation qui la protège contre la barbarie de la technoscience Patrimoine commun de l'humanité' – volet économique de la mondialisation Conventions internationales qui tendent à protéger la personne contre les dangers de la biomédecine – volet scientifique de la mondialisation." (EDELMAN, **La personne...**, p.503).

⁵⁰²Paul Rabinow traz uma interessante reconstituição da idéia de dignidade com base no autor Ernest Kantorowicz, o qual trabalha com uma discussão sobre a origem do termo e seu papel na lei e na política do Ocidente: "*Dignitas* deriva do mito Fênix. Segundo o antigo mito grego, havia apenas uma Fênix viva de cada vez. Passados cerca de quinhentos anos a ave tocava fogo em seu ninho, aticava o fogo com as asas e morria em meio às chamas; simultaneamente, das cinzas ainda inscandescentes surgia um novo pássaro. A nova Fênix, a mesma e diferente da que havia acabado de morrer, oferecia um símbolo medular de ressurreição. Filosoficamente, a espécie inteira preservada no indivíduo. A espécie e o indivíduo coincidiam: a espécie imortal e o indivíduo imortal." O que pode ser traduzido deste mito para a atual discussão é que, cada ser humano simboliza em si a dignidade de todo gênero humano (RABINOW, Cortando..., p.177-178).

Enquanto o homem dos direitos do homem representa, juridicamente, o indivíduo universal em sua liberdade universal, e coloca em cena um processo de identificação, a humanidade não permite tal representação. Ela se apresenta como a reunião simbólica de todos os homens naquilo que lhe é comum, sua qualidade de seres humanos. Em outros termos [...] o reconhecimento de pertencer a um mesmo gênero: o gênero humano.⁵⁰³

O conceito jurídico de Humanidade surge em reação a todo tipo de barbárie contra o homem, contra o ser humano e tomou força e forma principalmente após a Segunda Guerra Mundial.

A ideologia dos direitos do homem fundou-se nos antagonismos homem-cidadão, sociedade civil-Estado,⁵⁰⁴ o que veio a ser denunciado por Karl Marx, Hannah Arendt e tantos outros. A roupagem da cidadania, como se viu, acabou desmascarando a nudez da vida e abrindo brechas para as barbáries cometidas ao longo principalmente do século XX, com o nazismo. Os direitos do homem mostraram-se incapazes de proteger o homem e sua humanidade, pois pela via da cidadania se excluíram certos "tipos" de homens do gênero humano. Isto não ocorre a partir do conceito da humanidade, segundo a qual todo homem, sem exceção, faz parte do gênero humano.

Para Laymert dos Santos, o capitalismo encarregou-se de destituir a cidadania em todas as frentes. Segundo o autor, a cidadania foi perdida, tanto a dos incluídos (no sentido de que são reduzidos a meros consumidores compulsivos em busca da satisfação de seus desejos) quanto dos excluídos (cuja cidadania nem sequer atingiram) e, dessa maneira, ambos "encontram-se nus face ao futuro."⁵⁰⁵ Como Agamben afirma, todos hoje, quando destituídos do véu de sua abstrata subjetividade

⁵⁰³"Alors que l'homme des droits de l'homme représente, juridiquement, l'individu universel dans sa liberté universelle, et met donc en scène un processus d'identification, l'humanité ne permet pas un tel mode de représentation. Elle se présente comme la réunion symbolique de tous les hommes, ce qu'ils ont de commun, à savoir leur qualité d'êtres humains. En d'autres termes [...] la reconnaissance d'une appartenance au même 'genre': le genre humain." (EDELMAN, **La personne...**, p.508).

⁵⁰⁴EDELMAN, **La personne...**, p.529.

⁵⁰⁵SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.132.

jurídica, são, mais que *homo sapiens*, *homo sacier*, vidas nuas sujeitas à matabilidade, sem que com isso se cometa homicídio.

A proteção do homem que inspira a declaração fundada no nascimento que se torna imediatamente nação, como afirma Agamben, fazendo o homem perder-se na figura do cidadão está ultrapassada. Inclusive o termo nascimento ("todo homem nasce com direitos inalienáveis e imprescritíveis") é insuficiente, já que antes dele já existe vida, e se já existe vida, de alguma maneira, seja ela embrionária, já existe o ser humano. No lugar da cidadania nacional está nascendo, como expõe Rodotà, uma nova cidadania, para além da dicotomia homem-cidadão⁵⁰⁶. Trata-se de uma cidadania humana a partir da qual não deve ser preciso pertencer a uma comunidade política, assumir um papel abstrato de cidadão e sujeito de direito, para ter seus direitos protegidos e reconhecidos⁵⁰⁷; deve-se simplesmente pertencer à Humanidade – ser humano é ser digno e dessa qualidade a ninguém cabe a decisão de seu banimento. Como afirma Edelman, a humanidade é um conceito a-político e sem fronteiras territoriais e temporais.

Como demonstrou Hannah Arendt, assim como o homem do século XVIII desprende-se da história, o homem do século XX emancipou-se da natureza. A essência do homem deixou de ser compreendida por ambas. "Esta nova situação, na qual a humanidade assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à

⁵⁰⁶RODOTÀ, *La vita...*, p.40.

⁵⁰⁷"*Il diritto non si ferma alle persone, ai gruppi, agli stati, alla comunità internazionale organizzata. Si rivolge ormai all'umanità intera, che compare sempre più come il 'soggetto' che rende possibile la tutela dell'ambiente e dei beni culturali, del genoma e della spazio extraterrestre [...]. Nuovo diritto, quello di 'ingerenza umanitaria': né la sovranità nazionale, né l'autonomia individuale dovrebbero o potrebbero far argine a questa ingerenza del diritto*" Tradução livre de: "O direito não se firma às pessoas, aos grupos, aos estados, à comunidade internacional organizada. Se volta de agora em diante à humanidade inteira, que aparece mais como 'sujeito' que torna possível a tutela do ambiente e dos bens culturais, do genoma e do espaço extraterrestre [...]. Novo direito, aquele de ingerência humanitária: nem a soberania nacional, nem a autonomia individual deveria ou poderia barrar esta ingerência do direito." (RODOTÀ, *La vita...*, p.52).

história, significaria nesse contexto que o direito de ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade."⁵⁰⁸

Por certo que essa idéia de humanidade carrega em si uma dose de universalismo. Mas trata-se de uma nova configuração da noção de universalidade, diversa da presente nos ideais iluministas. Não se fala mais na universalidade afirmada pela abstração da declaração de direitos, mas de uma universalidade que se afirma na concretude da vida.⁵⁰⁹ Reconhecer o direito de asilo a uma mulher que corre risco de mutilação (fribulação, por exemplo) em seu país, ou na exigência da Turquia eliminar a pena de morte para ingressar na União Européia,⁵¹⁰ demonstram a disseminação de valores que não são impostos, mas expressos para que reflitam uma tendência à proteção da dignidade e da integridade do homem e, portanto, de sua humanidade. Trata-se, como afirma Rodotà, do lado positivo da globalização que propicia a difusão de direitos, sem que necessariamente nela esteja implícita uma pretensão colonialística do Ocidente.

O autor ainda afirma que a universalidade de certos direitos e valores nesta era globalizada se impõem em razão do chamado "turismo de direitos", a partir do qual pessoas realizam práticas em países distintos de sua nacionalidade, em razão de estas serem proibidas em seus países de origem, como ocorre com a reprodução asistida, o aborto, o divórcio, os tratamentos médicos etc. Além de tornar o direito obsoleto, esta realidade demonstra ainda uma outra questão de extrema importância: a da desigualdade, uma vez que nem todos têm possibilidades financeiras para

⁵⁰⁸ARENDT, **As origens...**, p.332.

⁵⁰⁹"[...] *non nell'astrazione delle dichiarazioni dei diritti, ma nella concretezza dei percorsi di vita, scopriamo l'emergere di una universalità non imposta, ma scoperta, costruita attraverso comportamenti e quindi destinata a una più agevole accettazione sociale.*" Tradução livre de: "[...] não na abstração das declarações de direitos, mas na concretude dos percursos de vida, descobrimos o emergir de uma univesalidade não imposta, mas descoberta, construída através de comportamentos e assim destinada a uma mais fácil aceitação do social." (RODOTÀ, **La vita...**, p.58).

⁵¹⁰RODOTÀ, **La vita...**, p.59.

arcar com os custos de um turismo procriativo, abortivo etc., enfim, com o "direito à la carte", ou o "shopping jurídico", como bem expõe Rodotà.⁵¹¹

Mas, analisar a humanidade como um novo conceito jurídico (universal) não é o mesmo que enquadrá-la numa determinada categoria? No lugar de sujeito de direito, tem-se o ser humano, em vez de liberdade, dignidade... seria a mesma forma de pensar a realidade, apenas com novos moldes? Talvez sim. Mas algo mudou – a vida nasceu e o sujeito de direito, nascido da lógica mecanicista, ao tornar-se ser humano ganhou o sopro vital que lhe faz para além de um ser racional, um ser vivo. Não se trata mais de categorias abstratas, desvinculadas da realidade e da concretude. Quando se coloca em xeque a humanidade do embrião ou é posta em dúvida a dignidade do indivíduo em coma, o que verdadeiramente está-se questionando é: onde ali está a vida? – se ela já começou no embrião, se já terminou no comatoso. A partir do momento em que a vida se tornar mais presente no universo frio e formalista do direito, este poderá ativar sua potência para proteger a humanidade do homem reagindo aos poderes – biopoder – que captam sua vida e o instrumentalizam para a criação de novas formas. E esta humanidade não mais entendida como a humanidade dos humanistas, em que o homem como racional, indivíduo universal e cidadão estava no centro de tudo, mas uma humanidade, a partir de uma visão como a de Heiner Muller, em que o humano "não é pessoa, nem indivíduo, nem sujeito, mas sim uma potência da humanidade que o homem pode desenvolver e expressar"⁵¹². O direito deve trabalhar com o humano, com o que este

⁵¹¹"Nella dimensione globale, dunque, la crescente circolazione delle persone, legata al turismo e ai grandi e continui flussi migratori, porta con sé anche una circolazione di valori e di modelli di comportamento che pone il diritto di fronte a dilemmi e diversità, tra valori comuni e multiculturalità, tra efficienza economica e diritti fondamentali." (RODOTÀ, *La vita...*, p.61). Tradução livre de: "Na dimensão global, portanto, a crescente circulação de pessoas, ligada ao turismo e aos grandes e contínuos fluxos migratórios, carregam em si também uma circulação de valores e de modelos de comportamentos que colocam o direito frente a dilemas e diversidade, entre valores comuns e multiculturalidade, entre eficiência econômica e direitos fundamentais."

⁵¹²SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.253.

"humano tem de imanente e não foi apropriado pelos deuses, comprometido pela história, ou esmagado pela dominação e pela exploração [...] (e) está aquém ou além da tragédia ou pelo que dentro dela luta, busca uma abertura."⁵¹³

Em vez de permitir que as tecnologias voltadas à construção de novas formas para além do humano ganhem vida própria, é necessário afirmar-se a potência da vida do humano.

⁵¹³SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.253.

CONCLUSÃO

Código 46:

Artigo 1: dois seres humanos com o mesmo grupo de genes nucleares são considerados geneticamente idênticos. As relações de um são as relações de todos devido às técnicas de fecundação artificial e clonagem. É necessário prevenir qualquer reprodução geneticamente incestuosa acidental e proposital. Portanto:

- I. os futuros pais devem ser geneticamente examinados antes de conceber. Se apresentarem 100%, 50% ou 25% de igualdade genética não poderão conceber;
- II. se a gravidez não for planejada, o feto será examinado. Qualquer gravidez vinda de pais 100%, 50% ou 25% de igualdade genética será imediatamente interrompida;
- III. se os pais não sabem da igualdade genética, entre eles é admitida uma intervenção médica para prevenir a violação do código 46;
- IV. se os pais sabiam da igualdade genética antes de conceber se trata de uma violação ao código 46.

Em um futuro não muito distante, no qual vigora este código, parece não mais existir o Estado, mas apenas grandes metrópoles. Nelas fala-se um único idioma, que corresponde justamente à mistura de vários idiomas, com a predominância do inglês. A identidade das pessoas corresponde a uma senha, chamada *palabra*. Para se viver nestas cidades, as pessoas devem estar munidas de uma *cobertura legal*, fornecida por uma grande empresa de seguros, a Sphinsc. Esta empresa controla o deslocamento das pessoas de uma metrópole para outra, que não pode ocorrer sem um passe, o qual estabelece a legalidade do deslocamento e o tempo de permanência. A impossibilidade de deslocamento é sempre legitimamente justificada. A pessoa que é proibida de deslocar-se não sabe a razão, mas sabe que ela existe. Para fora das cidades há um infinito deserto, chamado *al fuera* (lado de fora), onde moram as pessoas que, por alguma razão, foram excluídas das cidades. Tudo nesta realidade, como se percebe, é altamente controlado e vigiado, até mesmo os sentimentos e as aptidões. A reprodução humana se dá basicamente pela via artificial e existem vírus que munem as pessoas de habilidades, como falar chinês, ler pensamentos, cantar bem, esquecer acontecimentos e repelir pessoas.

Essa é a realidade retratada no filme "Código 46" (código que, como se pode ver pelo texto acima descrito, regulamenta a reprodução humana), cuja trama gira em torno justamente de sua violação realizada por Willian e Maria Gonzáles. Willian é enviado à Xangai para investigar uma fraude na empresa Sphinsc, onde trabalha Maria fabricando e falsificando as coberturas legais que permitem o deslocamento e a permanência das pessoas das cidades do *lado de dentro*. Eles se apaixonam e Maria engravida, ocorrendo, portanto a violação do Código, uma vez que Maria e Willian tem 50% do DNA idênticos – Maria tem 100% do DNA idêntico ao da mãe de Willian, a qual fazia parte de 24 fetos clonados.

A primeira punição em razão dessa violação foi a interrupção da gravidez de Maria e a eliminação de sua mente de todas as lembranças relacionadas a Willian, à relação sexual e à gravidez. Mas, Willian e Maria encontram-se novamente e mais uma vez violam o Código. Willian, então, é submetido a um tribunal que, julgando afetado seu discernimento pelo vírus da empatia, decide apagar toda sua memória relacionada à Maria. Ela, por sua vez, é colocada *al fuera*. Desta vez não sendo privada de suas lembranças, pois, do lado de fora, estas já não importam mais.

Embora ficção, este filme tem muito mais de realidade do que se pode imaginar. Nele podem ser identificados muitos dos pontos trabalhados nesta dissertação e muitos dos traços de uma nova realidade que parece estar se desenhando. O fato de os elementos no filme, como a alimentação, músicas, vestimentas, veículos, serem muito semelhantes com os que se têm hoje é uma mensagem de que, embora o filme esteja no futuro, este futuro pode não estar nem um pouco distante.

O filme parece retratar a sociedade de controle preconizada por Deleuze, em que o controle está completamente disseminado e o poder sobre a vida é absoluto. As pessoas são identificadas com senha; seu trânsito controlado não mais apenas por passaportes, mas por coberturas, certificadas não mais pelo Estado, mas por uma empresa de seguros. Pode-se manipular vírus capazes de controlar sentimentos, comportamentos, conferir habilidades – o controle das subjetividades é absoluto, é literalmente introjetado como um vírus. Este controle todavia acontece

em relação às vidas que importam – às vidas daqueles que vivem nas cidades. Os seres humanos do lado de fora já não interessam mais e por isso em relação a eles não há controle. A exclusão e segregação social que hoje já são nítidas adquirem uma fronteira mais definitiva – não há sequer o trânsito dos excluídos no ambiente dos incluídos. O fora e o dentro não são mais meramente simbólicos, mas lugares delimitados. Curioso notar que, visualmente, o lado de fora, além de um grande deserto, sem qualquer vegetação, é retratado no filme como as grandes favelas atuais, repleta de miséria. E, ainda, aparecem pessoas deficientes, o que em momento algum se pode perceber dentro das cidades. O lado de fora é, portanto, o lado dos excluídos, das vidas descartáveis, das vidas que não contam, das vidas nuas.

A realidade retratada no filme, portanto, é absolutamente ligada à lógica do biopoder. E é olhando para esta realidade como algo que está muito mais no presente do que no futuro, que se pode viabilizar uma alternativa para resistir a este controle, a esta exclusão, a esta lógica que torna a vida humana mera existência intensa e integralmente monitorada, em que os traços humanos, como o desejo, o amor, o erro e a doença são eliminados como ameaça e desvio à normalidade vigiada e controlada.

Em face disso, qual é o papel do direito para se escapar da lógica nociva, segregadora e normalizante do biopoder? Como devem ser utilizados o direito e sua normatividade para além da mera regulamentação e consumação da lógica do biopoder? O código 46, como se viu, é uma expressão normativa do biopoder, pois regula a vida em um de seus aspectos: a reprodução. A utilização do direito como um instrumento (normativo) de afirmação do biopoder é algo, desde o nazismo, com a produção de uma legislação eugênica, fácil de perceber-se. Todavia, nesta relação quem se relaciona com a vida não é o direito, mas sim o biopoder, que por meio de suas categorias apreendem a vida para controlá-la (otimizá-la ou eliminá-la).

Como se afirmou no presente trabalho, direito e vida ao longo da modernidade estranharam-se – na medida em que o direito moderno construiu-se em torno de um sujeito tomado como um ser abstrato e não como ser vivo, a vida foi tomada por outros poderes. As consequências disso tornaram-se ainda mais gritantes quando

ao homem, graças à evolução da ciência e da tecnologia, é dada a possibilidade de manipular a vida, como se viu no filme "Código 46".

O direito em sua relação com o ser vivo desperta novas inquietações; é um local de combate: os médicos que se irritam com qualquer obstáculo, os psicanalistas que se preocupam com a desconstrução do sujeito, os moralistas com o fim da alteridade, os religiosos com a dessacralização da vida. E os juristas? Qual a sua preocupação e qual o seu papel em todo este processo em que a vida biológica do sujeito abstrato se impõe? Parece que eles devem tomar todas as questões acima e achar um ponto de equilíbrio. Tarefa árdua, ainda mais tendo em vista a diversidade e pluralidade das sociedades democráticas atuais. Conciliar as novas possibilidades, reivindicadas como liberdade, como direitos subjetivos, sem abrir espaço para um caos total, onde o homem se torna mercadoria dispondo de seu corpo como bens, escolhendo as características de seus filhos, como se escolhe uma mercadoria durante uma compra... enfim, tratar de questões que parecem transcender a humanidade do homem, tentando preservá-la, e ao mesmo tempo fugindo das bases humanistas, com as quais o direito moderno se formou e que parecem estar ruindo é tarefa dos juristas que se abrem ao questionamento e aceitam a sensação de vertigem que a nova realidade lhes impõe.

Tentando dar um norte a esses impasses, propõe Rodotà:

Temos necessidade de uma legislação sóbria, que responda aos problemas reais, e não aos medos, fantasma, aos preconceitos; de uma legislação ágil, que consinta a prosecução do confronto entre posições diversas; de uma legislação elástica, que indique princípios capazes de adaptar-se à contínua mudança científica e tecnológica. Esta não é uma rendição do direito à biologia, à genética, ou a qualquer outra coisa. É, ao contrário, a redescoberta de uma dimensão jurídica capaz de dar conta de uma realidade tão modificada, evitando assim tanto a tentação autoritária, quanto a marginalização.⁵¹⁴

⁵¹⁴"*Abbiamo bisogno di una legislazione sobria, che risponda ai problemi reali, e non alle paure, ai fantasmi, ai pregiudizi; di una legislazione leggera, che consenta la prosecuzione del confronto tra posizioni diverse; di una legislazione elastica, che indichi principi capaci di adattarsi al continuo cambiamento scientifico e tecnologico. Questa non è una resa del diritto alla biologia, alla*

O autor em sua obra *"La vita e le regole"* afirma a necessidade de o direito abrir mão de sua lógica binária, do sim e do não, e reconhecer o andamento irregular da vida, substituindo um direito que define de uma vez por todas, por um novo direito que acompanha a variedade das situações concretas. Deve-se, portanto, fazer nascer um direito que não fixe uma regra imutável, mas que elabore o desenho de um processo que permita o desenvolvimento de sujeitos diversos – não substituir a vontade do incapaz por outra, mas possibilitar meios para a que a vontade do incapaz se manifeste.⁵¹⁵ Nas palavras do autor: "A vida não se vinga. Individua o limite de um modo de fazer direito, e começa assim a produzir um direito reconhecível, e aceitável."⁵¹⁶

A redução que a lei faz, quando delimita uma escolha de valores em conflito, pode ser suprida pelas decisões judiciais, que segundo Rodotà, pode simbolizar um instrumento, dentro de uma sociedade pluralista caracterizada por um politeísmo de valores, como a que se vive, que evite a deslegitimação de várias outras posições excluídas pela lei. Garantir a relevância das decisões judiciais sem que estas se prendam tanto à lei, mas ao caso, garante ao mesmo tempo maior aderência à situação concreta. Evita-se, assim, o enrijecimento da regra permitindo sua adaptabilidade em uma realidade em constante transformação como é a realidade em que se vive, tão influenciada pela ciência e pela tecnologia.⁵¹⁷

"Onde está o homem? O que deve proteger o homem? O que é preciso proibir para que a humanidade do homem tenha ainda sentido [...]"⁵¹⁸ numa sociedade em

genetica, o ad altro. È, al contrario, la riscoperta di una dimensione giuridica capace di fare i conti con una realtà tanto cambiata, evitando così tanto la tentazione autoritaria, quanto la marginalizzazione." (SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.205).

⁵¹⁵RODOTÀ, **La vita**..., p.28.

⁵¹⁶"*La vita non si prende una rivincita. Individua il limite di un modo di fare diritto, e torna così a rendere il diritto riconoscibile e accettabile.*" (RODOTÀ, **La vita**..., p.29).

⁵¹⁷RODOTÀ, **Tecnologie**..., p.127-128.

⁵¹⁸"*Où est passé l'homme? Que doit-on protéger de l'homme? Que faut-il interdire pour que l'humanité de l'homme ait encore un sens?*" (EDELMAN, **La personne**..., p.399).

que o direito parece submeter-se a uma outra normatividade que não a sua e em que a loucura narcísica do "eu quero" afirma-se cada vez mais? Como afirma Edelman:

Nós nos encaminhamos no sentido de uma sociedade povoada de marionetes [...] para realização pura e simples do fantasma narcísico no estado bruto [...] A morte não é mais um evento para o homem civilizado e, portanto, sua vida não tem mais sentido, porque ela é levada à insatisfação. Cortados de nossa genealogia, corremos o risco, neste meio tecnocientífico, de não mais saber envelhecer, de não mais ser pais e mães, nem crianças. O sujeito de direito pereceria sobre seu próprio triunfo.⁵¹⁹

Se a alternativa continuar sendo a tentativa de encaixar os novos elementos criados por novos saberes de uma nova realidade em moldes antigos, com certeza, os efeitos serão danosos. Se Nietzsche declarou a morte de Deus, Foucault a morte do homem, o presente trabalho tem a ousadia de, se não declarar a morte, pelo menos declarar a insuficiência e decadência da figura do sujeito de direito. Este não mais dá conta da realidade. É como se a vida tivesse implodido o sujeito de direito, pois este não mais dá conta de situações em que a vida e uma subjetividade racional (como é o caso do embrião e do comatoso) não ocupam mais o mesmo espaço.

O sujeito de direito, ao mesmo tempo em que justamente pela abstração, tentava abarcar a todos, paradoxalmente, deixou muitos à margem, abandonados em sua concretude, por não poderem fazer parte do mundo das trocas⁵²⁰. O cunho patrimonialista que acompanhou e influenciou todo este processo de abstração exclui os indivíduos "incapazes", não só do universo econômico, como também de outros âmbitos da vida cotidiana. Assim, como bem expressa Rodotà, coadunando com a idéia do presente trabalho:

⁵¹⁹"Nous nous acheminerons vers une société peuplée de marionnettes [...] par l'accomplissement pur et simple du fantasme narcissique à l'état brut [...] La mort n'est plus un 'événement' pour l'homme civilisé et, dès lors, sa vie n'a plus de sens non plus, car elle mène à l'insatisfaction. Coupés de notre généalogie, nous risquons, dans ce milieu technoscientifique, de ne plus savoir vieillir, de ne plus être des pères ni des mères, ni des enfants. Le sujet de droit périrait sous son propre triomphe" (EDELMAN, **La personne...**, p.23-24).

⁵²⁰Uma importante referência sobre esse assunto: BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Trad. Jesús Ernesto Garcia Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

Existe um momento, na reflexão dos juristas, no qual o sujeito abstrato não aparece mais como um instrumento capaz de compreender a realidade através de uma elevada formalização. Apresenta-se ao contrário como um impedimento, um obstáculo [...]. A abstração afastava da vida o direito, e assim, o liberava da obrigação do confronto com as situações reais. A vida [...] saía da órbita do direito, e os seus protagonistas vinham classificados e tomados em consideração substancialmente pelas características formais que os consentiam de participar plenamente da atividade econômica, do 'tráfico jurídico', de não incomodar a regularidade do comércio. Separado em dois por uma distinção sem apelo entre capazes e incapazes, o mundo do direito confinava estes últimos em uma indistinta área de exclusão, considerava de fato importante somente as atividades de conteúdo econômico, media sobre estes a capacidade e legitimava o seu exercício apenas daqueles sujeitos fortes. A vida tornava-se assim, sobretudo, aquela econômica. Todos os sujeitos 'fracos' – menores, enfermos de mente – vinham fechados na categoria excludente da incapacidade.⁵²¹

Como bem afirmou Todorov quando analisou a questão do processo da despersonalização dos judeus: "[...] toda inclusão dos indivíduos em uma categoria mais abstrata contribuiu para despersonalizá-los [...] A inclusão do indivíduo a uma categoria é inevitável quando se quer estudar os seres humanos; ela se torna perigosa no momento em que se trata de uma interação entre eles: diante de mim, nunca tenho uma categoria, mas sempre e somente pessoas."⁵²² Parece que o direito, muitas vezes, esquece-se disso.

⁵²¹ "Vi è un momento, nella riflessione dei giuristi, nel quale il soggetto astratto non appare più come uno strumento capace di comprendere la realtà attraverso una sua elevata formalizzazione. Si presenta, al contrario, come un impedimento, un ostacolo [...]. L'astrazione allontanava dalla vita il diritto, e così lo liberava dall'obbligo del confronto con le situazioni reali. La vita [...] usciva dall'orbita dell diritto, ed i suoi protagonisti venivano classificati e presi in considerazione sostanzialmente per le caratteristiche formali che consentivano loro di partecipare pienamente all'attività dei commerci. Spaccato in due da una distinzione senza appello tra capaci e incapaci, il mondo del diritto confinava questi ultimi in una indistinta area di esclusione, riteneva davvero rilevante solo le attività a contenuto economico, misurava su queste la capacità e legittimava al loro esercizio esclusivamente soggetti forti. La vita diveniva così soprattutto quella economica. Tutti i soggetti 'deboli' – minori, infermi di mente – venivano chiusi nella categoria escludente dell'incapacità." (RODOTÀ, **La vita...**, p.25-26). Para o autor, a figura que está substituindo a do sujeito de direito é justamente a figura da pessoa, não no sentido de máscara que serve ao homem para circular no mundo jurídico, mas dotada de um novo sentido jurídico, operando a imanência da realidade e assumindo nela sua dimensão vital dando um sentido novo à vida perante a reflexão jurídica.

⁵²² TODOROV, op. cit., p.200.

Antes de lamentar-se o perigo do fim da humanidade, talvez se tenha que fazer o luto da morte do sujeito de direito, abstrato, racional e autônomo, e fazer o direito se encontrar com a vida e com o homem em sua concretude, inclusive a biológica. O direito não deve mais se afastar da vida abstraindo-se, mas sim penetrá-la.

Como Deleuze afirma, definitivamente é preciso criar novas armas, mas será que estas armas necessariamente são novas categorias?

Legislar, regular é necessário, mas a simplificação que um código exprime, a fixação em leis, o congelamento de uma decisão, pode não suprir as necessidades, complexidade e variedade dos casos concretos. Por outro lado, a desregulação dá espaço para as forças do mercado, que fazem da vida cada vez mais objeto de manipulação e comércio. Limitar a potência criativa da ciência, que precisa da liberdade para inventar, para produzir não é o caminho, seria sim, regressão. Mas parâmetros são necessários e se impõem tendo em vista que a ausência completa de limites pode trazer tanto prejuízos – ou até mais, na medida em que a espécie humana é colocada em risco – quanto benefícios.

Trata-se de uma aporia e um impasse para qualquer jurista que compreende o direito para além de uma "ciência", para além de um saber que apenas absorve e simplifica a realidade. Ele é também um metabolizador da sociedade e como afirmou Márcio Alves da Fonseca, ele “somente pode exercer seu papel no jogo da regulamentação social se for objeto de uma inquietação permanente”.⁵²³ Se a necessidade da época induziu à criação de um código e precisou enquadrar o direito em nome da segurança, hoje a necessidade é abrir mão da segurança e acostumar com a vertigem da ausência de moldes, *a priori*, categorias e conceitos e tentar pensar um direito mais empático e menos abstrato, mais humano e menos formal, mais casuístico e menos geral, mais ético e menos legalista. Um direito, enfim, que proteja o homem,

⁵²³FONSECA, M. A. da, op. cit., p.285.

sem ser humanista e que salvasse a vida sem ser vitalista; um direito que se afirmasse respeitando os espaços do não-direito.⁵²⁴

Quando Rodotà afirma:

Devemos contemplar um outro horizonte, mais difícil e trabalhoso: no qual a integridade do corpo não é somente aquela que deriva do seu purificar-se de cada imperfeição, segundo a promessa que vem da engenharia genética precocemente convertida em eugénica, mas sim de uma aceitação integral de tudo o que o considera. Devemos nos habituar então a pensar em um 'direito à doença', colocando acento sobre o termo 'direito' justamente para sublinhar como a doença não pode ser por si mesma causa de injustificada discriminação.⁵²⁵

⁵²⁴"Il percorso tra diritto e non diritto porta al disvelamento progressivo dell'inadeguatezza della dimensione giuridica tradizionalmente conosciuta rispetto alla vita quotidiana. Via via che si avvertiva come l'astrazione giuridica in molti casi facesse perdere al diritto la presa sulla realtà, o costringesse questa in stampi inadeguati con effetti di conflitto o di rifiuto, emergeva pure il bisogno di affidare momenti della vita quotidiana a regole nelle quali si rispecchiasse la condizione concreta delle persone: non però per limitarne l'autonomia, ma per renderla effettiva." Tradução livre de: "O caminho entre direito e não-direito tem o desnivelamento progressivo da inadequação da dimensão jurídica tradicionalmente conhecida a respeito da vida cotidiana. Logo que se advertia como a abstração jurídica em muitos casos fazia o direito perder a relação com a realidade, ou constringia esta em figuras inadequadas com efeitos de conflito ou de recusa, emergia ainda a necessidade de confiar momentos da vida cotidiana a regras nas quais se respeitasse a condição concreta das pessoas: mas não para limitar a autonomia, mas para torná-la efetiva." (RODOTÀ, *La vita...*, p.23). Ainda, segundo o mesmo autor: "Il legislatore deve adoperare per ciò tecniche diverse, ricorrendo sempre più spesso a un diritto flessibile e leggero, che incontra la società, promuove l'autonomia e il rispetto reciproco, e avvia così la creazione di principi comuni. Deve divenire consapevole dei limiti del diritto, dell'esistenza di aree dove la norma giuridica non deve entrare, o deve farlo con sobrietà e mitezza." Tradução livre de: "O legislador deve adotar técnicas diversas, recorrendo sempre mais frequentemente a um direito flexível e ágil, que encontra a sociedade, promove a autonomia e o respeito recíproco, e conduza assim o princípio da criação de princípios comuns. Deve tornar-se consciente dos limites do direito, da existência de áreas onde a norma jurídica não deve entrar, ou deve fazê-lo com sobriedade e moderação." (p.58).

⁵²⁵"Dobbiamo contemplare un altro orizzonte, più difficile e impegnativo: nel quale l'integrità del corpo non è solo quella che deriva dal suo purificarsi d'ogni imperfezione, secondo le promesse che ci vengono da una ingegneria genetica precocemente convertita in eugenetica, bensì da un'accettazione integrale di tutto quanto lo riguarda. Dobbiamo abituarci allora a pensare ad un 'diritto alla malattia', mettendo l'accento sul termine 'diritto' proprio per sottolineare come la malattia non possa essere per se stessa causa di ingiustificate discriminazioni." (RODOTÀ, *Tecnologie...*, p.176).

Está afirmando um direito que se imponha contra os discursos científicos do biopoder da normalização e da purificação dos indivíduos, que em nome da "saúde" empreendem muitas vezes práticas eugênicas e segregadoras. "Direito à doença" simboliza aqui direito a ter um corpo que é afetado e aceitar a imanência de ser um ser vivo.

A estranheza entre corpo e direito, vida e direito, ser humano e direito decorre exatamente do fato de que a realidade em que o direito moderno – com o qual se lida hoje – nasceu, não impunha uma relação mais franca e efetiva entre eles. A modernidade jurídica afastou o homem de sua corporidade, construindo ao redor dele uma trama de conceitos abstratos, abstraindo-o das suas condições materiais de existência. É bastante evidente a dificuldade de um direito herdeiro de uma filosofia espiritualista e racionalista de apreender o corpo e a vida. Como ao longo da modernidade corpo e vida tornaram-se alvos privilegiados de variados poderes e saberes⁵²⁶ – como afirma Rodotà, enquanto o código civil resguardava a liberdade dos sujeitos de direito abstratos, os corpos precisavam ser guardados por sistemas diferentes de controle – alteraram-se, portanto, seus estatutos sociais, ou seja, a forma com que corpo, vida e homem são vistos na sociedade. Tal mudança deve ser recepcionada pelo direito, pois "Como não ver em todos os debates atuais sobre bioética, convocando o moral, o jurídico e o político, em todos os projetos de elaboração das leis, uma

⁵²⁶"[...] la modernità giuridica allontana da sé la corporeità, e si costruisce intorno a una trama di concetti astratti [...]. Ma, scacciato dall'olimpio delle grandi cattedrali giuridiche ottocentesche, le codificazioni civili, il corpo continua a ricomparire altrove, tutte le volte che il sistema giuridico avverte un bisogno di controllo che può riguardare la salvezza dell'anima o la salvezza dello Stato [...]. Il piano dei rapporti sociali, affidato al codice civile, sembra così richiedere, quasi ineliminabile complemento, un piano altrettanto preciso di sorveglianza di quelle persone concrete di cui, come soggetti astratti, il codice affermava la libertà." Tradução livre de: "[...] a modernidade jurídica distanciava de si a corporidade, e se constitui em torno a uma trama de conceitos abstratos [...] Mas, destacado do olimpo das grandes catedrais jurídicas do século XVIII, a codificação civil, o corpo continua a ressurgir em outros lugares, todas as vezes que o sistema jurídico avisa uma necessidade de controle que pode relacionar-se com a salvação da alma e ou salvação do Estado [...]. Um plano de relações sociais, confiado ao código civil, parece requerer, quase ineliminável complemento, um plano mesmo preciso de vigilância daquelas pessoas concretas das quais, como sujeitos abstratos, o código afirmava a liberdade." (RODOTÀ, **La vita...**, p.74).

confirmação dos laços que o poder estabelece com os corpos dos cidadãos e a consolidação de um biopoder [...]?"⁵²⁷ Mas o problema está justamente no fato de que o direito que tenta responder às questões trazidas pela nova realidade concreta, em que vida, corpo e homem recebem diferentes configurações e conotações, tenta respondê-las com base em categorias formais e abstratas que capturam o homem e o encaixam no molde abstrato do sujeito de direito, capturam o corpo e a vida e não sabe o que com eles fazer, pois a vida e o corpo vivo sempre escaparam de um controle formal, de uma categorização.⁵²⁸ "A vida não se submete ao direito [...] Pode suportá-lo, pode promovê-lo ou acompanhá-lo [...] mas permanece ali a testemunhar que sempre há qualquer coisa além do direito, de modo a lhe revelar a qualquer momento o limite."⁵²⁹ Como afirma Esposito, seguindo as linhas de pensamento de Nietzsche, segundo o qual a modernidade representa a negação formal de tudo que é vital, a incapacidade das instituições modernas (dentre elas, o direito) decorre da sua

⁵²⁷MAIA, Antônio Cavalcanti. Biopoder, biopolítica e o tempo presente. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.99.

⁵²⁸Se na linha de Nietzsche seguida por Foucault entende-se: "[...] *non esiste un soggetto individuale di volontà e di conoscenza sottratto e antecedente alle forme di potere che lo strutturano; se quella chiamiamo 'pace' non è che la rappresentazione retorica di rapporti di forza di volta scaturiti da uno scontro continuato; [...] tutto l'armamentario allestito dalla filosofia politica moderna è destinato a rivelarsi contemporaneamente falso e inefficace. Falso, o puramente apologetico, perché incapace di restituire le dinamiche effettive che scorrono dietro le figure di superficie. E inefficace perché, [...] essa batte sempre più violentemente contro le proprie contraddizioni interne fino ad esplodere. Ciò che esplode [...] più che le singole giunture categoriali [...] un contenuto di per sé sfuggente a qualsiasi controllo formale [...]. Quale sia per Nietzsche [...] si tratta di quel 'bíos'.*" Tradução livre de: "[...] não existe um sujeito individual de vontade e de consciência subtraído e antecedente às formas de poderes que o estruturam; se aquela que chamamos 'paz' nada mais é que a representação retórica da relação de força que de vez em vez surgem de um combate contínuo [...] todo o arsenal preparado pela filosofia moderna é destinado a revelar-se contemporaneamente falso e ineficaz. Falso, ou puramente apologético, porque incapaz de restituir as dinâmicas efetivas que se desenvolvem por trás de sua figura de superfície. E ineficaz, porque [...] batem-se sempre mais violentamente contra as próprias contradições internas até explodirem. Aquilo que explode [...] mais que as simples juntas categoriais é [...] um conteúdo por si só fugidio a qualquer controle formal. Qual seja para Nietzsche (....) se trata daquela *bíos*." (ESPOSITO, op. cit., p.81-82).

⁵²⁹"*La vita no si sottomette al diritto, non si fa usare. Può subirlo, può promuoverlo o accompagnarlo [...] ma rimane lì a testimoniare che vi è sempre qualcosa oltre il diritto, in grado di rivelarne in ogni momento il limite.*" (RODOTÀ, **La vita...**, p.48).

difficuldade em relacionar-se diretamente com a vida.⁵³⁰ O autor afirma ainda que isso ocorre pelo fato das instituições modernas não serem biopolíticas: "[...] o que conta [...] é o seu não ser bio-política – a cisão que se abre entre os dois termos da expressão e uma forma que separa da política seu *bíos* e da vida a sua política originária, ou melhor sua potência constitutiva."⁵³¹

Poderes e saberes tomaram o corpo e a vida do cidadão, do sujeito de direito abstrato, do indivíduo disciplinado, da população regulada, do homem normalizado. O direito moderno, formado a partir da lógica tríplice do poder soberano – lei-sujeito-Estado⁵³² – parece ter prescindido da vida e do corpo do homem, uma vez que se preocupou demais com um sujeito racional e de vontade autônoma, livre para contratar, e circular no universo das categorias jurídicas (proprietário, locador, cônjuge, comprador, vendedor, empresário...). Está na hora de o direito "encarnar" e tomar conta do corpo e da vida do ser humano. Este tomar conta não necessariamente implica uma proteção formal, tal seja, a da categorização. Cada corpo e cada vida em seu lugar clamam por um direito mais líquido que tome forma a partir das

⁵³⁰"*Ciò che produce tale effetto autodissolutivo è l'incapacità delle istituzioni moderne – dal partito, al parlamento, allo Stato – di rapportarsi direttamente alla vita e dunque la tendenza a scivolare nello stesso vuoto che tale scarto determina.*" Tradução livre de: "O que produz tal efeito autodissolutivo é a incapacidade das instituições modernas – do partido, ao parlamento, ao Estado – de relacionar-se diretamente com a vida e portanto, a tendência de escapar no mesmo vazio que tal rejeição determina." (RODOTÀ, **La vita...**, p.84).

⁵³¹"[...] *ciò che conta [...] è il suo non essere bio-politica – la scissione che si apre tra e due termini dell'espressione in una forma che strappa alla politica il suo bíos e alla vita la sua politicità originaria, ovvero la sua potenza costitutiva.*" (RODOTÀ, **La vita...**, p.84).

⁵³²"[...] a teoria da soberania tenta necessariamente constituir o que eu chamaria de um ciclo, o ciclo do sujeito ao sujeito, mostrar como um sujeito – entendido como indivíduo dotado, naturalmente (ou por natureza), de direitos, de capacidades, etc. – pode e deve se tornar sujeito, mas entendido desta vez como elemento sujeitado numa relação de poder [...] a soberania pressupõe o sujeito: ela visa fundamentar a unidade essencial do poder e se desenvolve sempre no elemento preliminar da lei. Tríplice 'primitivismo', pois: o do sujeito que deve ser sujeitado, o da unidade do poder que deve ser fundamentada e o da legitimidade que deve ser respeitada. Sujeito, unidade de poder e lei: aí estão, creio eu, os elementos entre os quais atua a teoria da soberania [...]" (FOUCAULT, **Em defesa...**, p.49-50).

necessidades do caso concreto. Trata-se de buscar, como afirmou Foucault, um direito novo⁵³³, que seria antidisciplinar, mas que estaria ao mesmo tempo liberto do princípio da soberania. Embora "contra essa ascensão de um poder que é vinculado ao saber científico, nós nos encontramos atualmente numa situação tal que o único recurso existente, aparentemente sólido [...]"⁵³⁴ é este direito em torno da soberania. Todavia, não é recorrendo a este famoso direito formal e burguês que se poderá lutar contra o biopoder que apreende a vida, corrói o corpo e manipula subjetividades. Como conclui Foucault: "[...] nos encontramos aqui numa espécie de ponto de estrangulamento, que não podemos continuar a fazer que funcione indefinidamente [...]"⁵³⁵ É preciso acostumar-se então com a vertigem da ausência de formas e aprioris para se buscar novas armas, por meio de "Atitudes capazes de ultrapassar a 'finitude' de um direito essencialmente formalizado, permitindo sua abertura à 'infinitude' das situações humanas."⁵³⁶

⁵³³"A expressão 'direito novo' remete aqui a uma imagem em que o direito aparece como liberado dos mecanismos da normalização e , desse modo, como um direito que se constitui numa forma de resistência às disciplinas e aos dispositivos de seguranças." Márcio Alves da Fonseca aponta que Foucault demonstra dois tipos de posturas em relação a esta nova imagem de direito: uma negativa e uma positiva. A negativa está relacionada à desconfiança de Foucault em relação ao direito que se utiliza, um direito implicado com mecanismos de normalização e associado ao mesmo tempo ao princípio da soberania. A positiva está ligada à idéia de que certas práticas e saberes do direito podem viabilizar a resistência à normalização e constituírem, assim, este novo direito. (FONSECA, M. A. da, op. cit., p.242, 248). Para Márcio Alves da Fonseca, "Nessa imagem de um 'direito novo' o que domina é a idéia de um direito (talvez fosse melhor dizer práticas do direito) que seria objeto de uma inquietação contínua, na medida em que constitui um domínio de saberes e de práticas constantemente chamado a participar do jogo (sempre inacabado) da arbitragem, da regulamentação social" (p.291-292).

⁵³⁴FOUCAULT, **Em defesa...**, p.47.

⁵³⁵FOUCAULT, **Em defesa...**, p.47.

⁵³⁶FONSECA, M. A. da, op. cit., p.299.

O homem precisa tomar consciência e aceitar a sua humanidade, pois pode estar sendo autor de uma peça na qual não participará; arquiteto de um futuro que dele não precisará. Tanto em Auschwitz quanto em Gattaca, como apontou Laymert dos Santos, tem-se presente o desaparecimento da espécie humana⁵³⁷, seja pela eliminação, seja pela criação de uma nova linha de evolução da espécie. O fato de um representar a produção de morte e o outro ser a produção de "melhores" vidas não os diferencia, pelo contrário, mostram que são as faces de uma mesma moeda: o biopoder. O muçulmano dos campos de concentração, limbo entre o morto e o vivo, entre o homem e o não homem e uma versão aperfeiçoada do ser humano: ambos são representações do poder sobre a vida, sobre o homem, que perde a sua humanidade, deixando de ser humano tanto quando assume uma "forma" animalisca (muçulmano dos campos) quanto quando assume uma forma pós-humana (como os geneticamente modificados em Gattaca).

O regime biopolítico, em que tecnologias determinam fronteiras de vida humana e da qualidade biológica das pessoas, assumiu uma importância fundamental na política atual.⁵³⁸ E, por esta razão, o direito como um reflexo da produção de vida em sociedade do homem deve protegê-lo contra esta transformação do *homo sapiens* em *homo biologicus*. O homem é muito mais que uma programação de informação; para além de sua biologia, o homem é sua biografia. E é contemplando este múltiplo caráter do ser humano, a sua potência de ser, de vir a ser e de viver, que o direito deve se nortear, abdicando, por fim, da unicidade e universalidade de um sujeito abstrato e transcendental, onisciente e onipresente, e, por isso mesmo, inexistente na realidade e incompatível com a vida.

⁵³⁷SANTOS, L. G. dos, op. cit., p.260.

⁵³⁸MAIA, Antônio Cavalcanti. Biopoder, biopolítica e o tempo presente. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003. p.98/99.

Portanto, assim como o homem deve resgatar sua humanidade, o direito deve tornar-se mais humano e dar-se conta de que, apesar de ser composto de categorias, o seu principal objeto, como afirmou Todorov, não são categorias, mas sim seres humanos, que respiram, que falam, que sentem, que sofrem, que erram, que pensam, que amam, que odeiam, que matam, que morrem, que simplesmente vivem – ou seja, o direito não se depara com abstrações, mas com *vidas*.

REFERÊNCIAS

ALQUIÉ, Ferdinand. **Galileu e o mecanismo**. Lisboa: Gradiva, 1987.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. Una biopolitica minore: intervista di Stany Grelet e Mathieu Potte-Bonneville. In: LAGO, Alessandro dal. **Biopolitica minore**. A cura di Paolo Petriarca. Roma: Manifestolibri, 2003. p.194.

_____. **Homo sacer III**: Lo que queda de Auuschwitz, el archivo y el testigo. 2.ed. Trad. e notas de Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2005.

ARAÚJO, Inês Lacerda. **Foucault e a crítica do sujeito**. Curitiba: Ed. da UFPR, 2001.

ARENDT, Hanna. **As origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo, posfácio Celso Lafer. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARIÈS, Philippe. **O homem perante a morte I**. 2.ed. Trad. Ana Rabaça. Portugal: Publicações Europa-América, 2000.

BARCELLONA, Pietro. **El individualismo propietario**. Trad. Jesús Ernesto Garcia Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BERLINGUER, Giovanni. A ciência e a ética da responsabilidade. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

BLOCH, Marc. **A sociedade medieval**. 2.ed. Lisboa: Edições 70, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. 3.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. Trad. Carlos Nelson Coutinha. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

BRETON, David Le. Adeus ao corpo. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CASSIRER, Ernst. **Indivíduo e cosmos na filosofia do renascimento**. Trad. do alemão João Azenha Jr; trad. do grego e do latim Mario Eduardo Viaro. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonte e il pensiero giuridico I. Lilano: Dott. A. Giuffrè, 1982.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Pietro. **Civitas**: storia della cittadinanza in Europa. Roma: Laterza, 1999. v.1.

CUTRO, Antonela. **Michel Foucault**: tecnica e vida. Bio-política e filosofia del *Bíos*. Napolis: Bibliopolis, 2004.

DELEUZE, Gilles. **Foucault**. Trad. Claudia Sant'Anna Martins; revisão da tradução Renato Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2005.

_____. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2006.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2005.

_____. **Meditações metafísicas**. Introdução e notas Homero Santiago; trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão; trad. dos textos introdutórios Homero Santiago. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Paixões da alma**. Introdução, notas, bibliografia e cronologia por Pascale D'Arcy; trad. Rosemary Costhek Abílio. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DUBY, Georges. **A Europa na idade média**. Trad. Antonio de Paula Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

DUBY, Georges; ARIÉS, Philippe. **História da vida privada**: da Europa feudal à Renascença. Organização Georges Duby; Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. v.2.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia**: elementos para uma teoria marxista do direito. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

_____. **La personne en danger**. Pris: Presses Universitaires de France, 1999.

EIGEN, Manfred. O que restará da Biologia do século XX? In: MURPHY, Michel P.; O'NEILL, Luke A. J. (Org.). **O que é vida? 50 anos depois**: especulações sobre o futuro da biologia. São Paulo: UNESP, 1997.

ESPOSITO, Roberto. **Bíos**. Torino: Einaudi, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo de direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. **Los derechos fundamentales**: apuntes de historia de las constituciones. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1996.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**. São Paulo: LTR, 2001.

_____. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e poder. In: DREYFUS, Hubert L.; RABINOW, Paul. **Michel Foucault uma trajetória filosófica**: para além do estruturalismo e da hermenêutica. Trad. Vera Porto Carrero. Forense Universitária, 1995.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

_____. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. Trad. Salma Tannus Muchail. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2003. v.1.

_____. **Vigiar e punir**: o nascimento da prisão. 27.ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. **Nascita della biopolitica**. Corso al Collège de France (1978-1979). Traduzione di Mauro Bertani e Valeria Zini. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2005.

_____. **Sicurezza, territorio, popolazione**. Corso al Collège de France (1977-1978). Traduzione dal francese di Pólo Napoli. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2005.

FUKUYAMA, Francis. **El último hombre en una botella**: artefato, pensamientos de la técnica. Buenos Aires: UBA, 2001.

GALLEGO, Elio. **Tradición Jurídica e Derecho Subjetivo**. Madrid: Dykinson, 1996.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

_____. Biologia e discurso jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Direito e discurso**: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boitex, 2006.

GHIDINI, Alberto. Conversazione e trasversalità per una comunicazione minore: intervista di Alberto Ghidini a Paolo Petriarca. In: LAGO, Alessandro dal. **Biopolitica minore**. A cura di Paolo Petriarca. Roma: Manifestolibri, 2003.

GONZÁLES, Alberto R. Parecer. **Veja**, 23 de julho de 2004, p.88.

GRÓCIO, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004. v.1.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. 10.ed. Roma: Editori Laterza, 2003.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **História das propriedades e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GUANDALINI, Walter Junior. **A crise da sociedade de normalização e a disputa jurídica pelo biopoder**: o licenciamento compulsório de patentes de anti-retrovirais. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da condição humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império**. Trad. Berilo Vargas. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HESPAÑA, Antônio Manuel. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. 3.ed. Sintra: Publicações Europa-América, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOFFE, Ötfrid. **Immanuel Kant**. Trad. Christian Viktor Hamm, Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUMBERTO, Padovani; CASTAGNOLA, Luis. **História da filosofia**. 6.ed. São Paulo: Edições Melhoramentos, 1977.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética**: sobre la práctica del principio de responsabilidad. Barcelona: Paidós, 1997.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. textos adicionais e notas Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. **Crítica da faculdade do juízo**. Trad. Valério Rohden e Antonio Marques. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 2005.

_____. **Crítica da razão prática**. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2005.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAGO, Alessandro dal. Senza Luogo. In: _____. **Biopolítica minore**. A cura di Paolo Petrarca. Roma: Manifestolibri, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2.ed. Trad. José Lamago, revisão Ana de Freitas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOSA, Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 3.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

MAIA, Antônio Cavalcanti. Biopoder, biopolítica e o tempo presente. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

MARTINS, Hermínio. **Hegel, Texas e outros ensaios de Teoria social**. Lisboa: Edições Século XXI, 1996.

MEIRELLES, Jussara. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. 2.ed. Lisboa: Estampa, 1989.

NAPOLI, Paolo. **Le arti del vero**: storia, diritto e política in Michel Foucault. Napoli: La città del sole, 2002.

NEVES, F. O rei da paternidade: entrevista com Roger Abdelmassih. **Jornal do Brasil**, 30 Jun. 1996, p.3-5.

OLIVEIRA, Luiz Alberto. Biontes, Bióides e Borgues. In: NOVAES, Adauto (Org.). **O homem-máquina**: a ciência manipula o corpo. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

O GLOBO, 26 de outubro de 1999, p.27.

PELÁEZ, Francisco J. Contreras. **Savigny y el historicismo jurídico**. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PELBART, Peter Pál. **Vida capital**: ensaios de biopolítica. São Paulo: Iluminuras, 2003.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 6.ed. São Paulo: Loyola, 2002.

RABINOW, Paul. Artificialidade e iluminismo: da sociobiologia à biossociabilidade In: _____. **Antropologia da razão**: ensaios de Paul Rabinow. Trad. e organização de João Guilherme Biehl. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

_____. Cortando os laços: fragmentação e dignidade na modernidade tardia In: _____. **Antropologia da razão**. Trad. e organização de João Guilherme Biehl. Rio de Janeiro: Relume Durumá, 2002.

REALE, Giovanni; ASTISERI, Dario. **História da filosofia**. 4.ed. São Paulo: Paulus, 1990. v.2.

REVEL, Judith. Per uma biopolitica della moltitudine. In: LAGO, Alessandro dal. **Biopolitica minore**. A cura di Paolo Petriarca. Roma: Manifestolibri, 2003.

RODOTÀ, Stefano. **Tecnologie e diritti**. Bologna: Mulino, 1995.

_____. **La vita e le regole**: tra diritto e non diritto. Milano: Giangiacomo Feltrinelli Editore, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

RUBIO, Afonso García. **Unidade na pluralidade**. 2.ed. São Paulo: Paulinas, 1989.

SÁ, Maria Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves. Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada. In: _____ (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁBADA, Javier. La necesidad de la bioética repensar el sujeto. In: CASADO, Maria (Comp.). **Estudios de bioética y derecho**. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Laymert Garcia dos Santos. **Politizar as novas tecnologias**: o impacto sócio-técnico digital enética. São Paulo: Editora 34, 2003.

SAVIGNY, M. F. C. **Traité de Droit Romain**. Paris: Librairie de firm Didot frères, 1855.

_____. **Sistema del Derecho romano actual**. 2.ed. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1875. Tomo 2.

SIBÍLIA, Paula. **O homem pós-orgânico**: corpo, subjetividade e tecnologias digitais. 2.ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003

SLOTERDIJK, Peter. **Regras para o parque humano**: uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. Trad. José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.

TESTART, Jaques. **A fertilização artificial**. São Paulo: Ática, 1999.

TODOROV, Tzvetan. **Em face do extremo**. Trad. Egnon de Oliveira Rangel, Enid Abreu Dobránszky. Campinas: Papirus, 1995.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito; os meios do direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3.ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DOCUMENTOS CONSULTADOS

AGAMBEN, Giorgio. A imanência absoluta. In: ALLIEZ, Éric (Org.). **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. Coordenação da tradução Ana Lúcia de Oliveira. São Paulo: Editora 34, 2000. p.169-192.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ASÚA, Luiz Jimenez. **Libertad de amar y derecho de morir**. 6.ed. Buenos Aires: Losada, 1946.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.283-305.

BRANDÃO NETO, Demercindo. Eutanásia. In: PETROIANU, Andy (Org.). **Ética, moral e deontologia médicas**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. p.251-253.

CAMPBELL, Alastair. Eutanásia e o princípio de justiça. **Bioética** (revista publicada pelo Conselho Federal de Medicina), v.7, n.1, p.49-57, 1999.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CORTIANO JR., Eroulths. **Direitos de personalidade**: direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver. Curitiba, 1993. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

COSTA, Pietro. **Civitas**: storia della cittadinanza in Europa. Roma: Editori Laterza, 2000. v.2.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Life's dominion**: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom. New York: Alfred A. Knope, 1993.

FADEN, Ruth R.; BEAUCHAMP, Tom L. **A theory of informed consent**. New York: Oxford University, 1986.

FONSECA, Márcio Alves da. **Michel Foucault e o direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 1996.

_____. **Resumo dos cursos do Collège de France** (1970-1982). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

GALIMBERTI, Umberto. **Idee**: il catalogo è questo. Opere IX. Milano: Feltrinelli, 2005. p.303-310.

_____. **Parole nomadi**. Opere X. Milano: Feltrinelli, 2006. p.40-44.

GEDIEL, José Antônio Peres. Autonomia do sujeito e biopoder. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (Org.) et al. **Diálogos sobre direito civil**: construindo a racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.327-345.

_____. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

HARDT, Michel. A sociedade mundial de controle. In: ALLIEZ, Éric (Org.). **Gilles Deleuze: uma vida filosófica**. Coordenação da tradução Ana Lúcia de Oliveira. São Paulo: Editora 34, 2000. p.357-372.

HARDT, Michel; NEGRI, Antônio. **Império**. Trad. Berílio Vargas. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Carta sobre el Humanismo**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.

HERNÁNDEZ, José Ramón Narváez. **La persona en el derecho civil** (historia de un concepto jurídico). México: Editorial Porrúa, 2005.

KENNEDY, Ian; GRUBB, Andrew. **Medical law**: text with materials. 2.ed. London: Butterworths, 1994.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MARQUES, Rafael. Os fundamentos de uma ética amoral: a sociedade da reciprocidade. In: MARTINS, Hermínio; GARCIA, José Luís (Coord.). **Dilemas da civilização**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2003. p.265-284. (Estudos e investigação 28)

MARTINS, Hermínio. O deus dos artefatos: sua vida, sua morte. In: ARAÚJO, Hermes Reis de (Org.). **Tecnociência e cultura**: ensaios sobre o tempo presente. São Paulo: Estação Liberdade, 1998. p.149-168.

_____. Aceleração, progresso e experimentum humanum. MARTINS, Hermínio; GARCIA, José Luís (Coord.). **Dilemas da civilização**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2003. p.19-77. (Estudos e investigação 28)

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 39.ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-147.

NIÑO, Luis Fernando. **Eutanasia**: morir con dignidad, consecuencias jurídico-penales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

PALERMINI, Patricia. **Misère de la bioéthique**. Bruxelas: Labor, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas atuais de bioética**. 6.ed. São Paulo: Loyola, 2002.

RENAUT, Alain. **O indivíduo**: reflexão acerca da filosofia do sujeito. Trad. Elena Gaidano. Rio de Janeiro: Difel, 1998.

REVEL, Judith. **Michel Foucault, un'ontologia dell'attualità**. Calabria: Rubbettino Editore, 2003.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SÁ, Maria de Fátima de. **Biodireito e direito ao próprio corpo**: doação de órgãos incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SANTOS, Laymert Garcia dos. Tecnologia e seleção: variações sobre o futuro do humano. In: MARTINS, Hermínio; GARCIA, José Luís (Coord.). **Dilemas da civilização**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2003. p.149-168. (Estudos e investigação 28)

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Transplante de órgãos e eutanásia**: liberdade e responsabilidade. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. (Org.). **Biodireito**: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.